UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

DE L'EFFICACITÉ DU TESTAMENT

PERDU OU FRAUDULEUSEMENT DÉTRUIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit le vendredi 22 juin à 14 heures.

PAR

André RAISON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ, 1929, 1930, 1931
PRIX MARCEL CHATEL, 1930. PRIX OCTAVE MACÉ, 1931

Jury de la thèse { M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Professeur*,
M. TRASBOT, *Professeur, Président*,
M. LENOAN, *Professeur*.

LAVAL
IMPRIMERIE BARNÉOUD

1934

DE L'EFFICACITÉ DU TESTAMENT

PERDU OU FRAUDULEUSEMENT DÉTRUIT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

DE L'EFFICACITÉ DU TESTAMENT

PERDU OU FRAUDULEUSEMENT DÉTRUIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
le vendredi 22 juin à 14 heures.

PAR

André RAISON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ, 1929, 1930, 1931
PRIX MARCEL CHATEL, 1930. PRIX OCTAVE MACÉ, 1931

Jury de la thèse { M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Professeur*,
M. TRASBOT, *Professeur*, *Président*,
M. LENOAN, *Professeur*.

LAVAL
IMPRIMERIE BARNÉOUD

1934

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

1. — « Et se il avoit fait son testament, l'en le devroit garder, car nule chose n'est si granz come d'acomplir la volenté au mort ». Ainsi s'exprime le naïf auteur des *Etablissements de St-Louis* (1). Le respect pour les dernières volontés de ceux qui ne sont plus n'est-il donc pas tout naturel ? Et le sentiment de vénération que nous inspire le souvenir des défunts n'est-il pas assez puissant pour que leur testament soit « gardé », c'est-à-dire accompli dans son intégrité ? Non sans doute, car trop souvent la justice doit intervenir pour en assurer l'exécution. Cette intervention est déjà fréquente lorsque les volontés du *de cujus* sont connues avec précision par la représentation du testament ; elle l'est encore bien plus lorsque celui-ci a disparu. De nombreux actes se trouvent en effet anéantis par suite d'accidents naturels : incendies, inondations, dévastations des guerres, etc. Et ces accidents naturels ne sont pas les seuls qui soient à craindre. Maintenant que le testament olographe est si bien entré dans nos mœurs, le testateur conserve souvent chez lui l'écrit qui contient ses dernières dispositions. Après sa mort, ses héritiers trouvent ce testament qui, presque toujours, les désavantage : la lecture des arrêts montre que tous ne pensent pas, comme le juriste du XIII^e^ siècle, que « nule chose n'est si granz come d'acomplir la volenté au mort », et le geste impulsif de la destruction est bien vite accompli.

Cependant, malgré l'anéantissement de l'acte, il serait juste que l'on pût arriver à exécuter les dernières volontés du testateur. Mais le testament perdu, soustrait, ou fraudu-

(1) *Etablissements de Saint-Louis*, I, 93 (*Edit. Viollet*, t. 2, p. 152).

leusement détruit est-il toujours efficace ? C'est la question qui sera examinée dans cette étude.

2. — Les recueils de décisions contiennent de fort nombreuses espèces de perte ou de suppression de testament et les discussions passionnées dont elles sont l'objet tout au long de la hiérarchie des tribunaux témoignent de l'intérêt qui s'attache à la résolution de ces différends. Peut-on être admis à prouver l'existence d'un testament qui n'est pas représenté ? Puis, à supposer cette preuve faite, quel est le bénéficiaire du legs contenu dans le testament anéanti ? L'institué conserve-t-il son droit ? Ou bien la chose léguée revient-elle à l'héritier ? Questions qui peuvent être délicates à résoudre mais qu'il importe de trancher, quelle que soit d'ailleurs l'importance du legs. Car il ne suffirait pas d'envisager le problème uniquement du point de vue des intérêts privés, sous l'angle d'une contestation entre héritier et légataire ; il faut aussi l'envisager du point de vue de l'intérêt social. La loi permet à toute personne de disposer de ses biens pour le temps où elle n'existera plus, et organise cette forme de disposition. En faisant son testament, le testateur a agi dans le cadre de la loi, et, par suite, il lui a fait confiance, il s'en est remis à elle pour l'exécution de ses volontés. Si un accident fortuit ou une volonté étrangère vient détruire l'œuvre du testateur, et que l'exécution de sa volonté souffre quelque difficulté, il en résulte un trouble social. La société est intéressée à l'exécution des volontés des morts, et, comme conséquence, à la conservation des testaments : car les droits qu'elle reconnaît à chacun de ses membres doivent pouvoir être librement exercés et porter toutes leurs conséquences juridiques. Et ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne la préservation des testaments contre une destruction volontaire par une personne quelconque, destruction qui est une atteinte manifeste aux droits du testateur.

3. — Aussi s'est-on de bonne heure préoccupé de réprimer la destruction volontaire et frauduleuse des testaments. A Rome, la peine du faux édictée par la loi Cornelia (c'est-à-

dire la déportation et la confiscation générale des biens pour les hommes libres, et, pour les esclaves, la mort) vint punir celui qui détournait, effaçait ou raturait un testament (1). Très tôt, notre ancien droit avait adopté cette loi et la peine qu'elle portait : on la trouve déjà rapportée au XIIIe siècle par *Li Livres de Jostice et de Plet* (2). A la fin de l'ancien droit, un arrêt du Parlement de Paris du 19 mai 1733 (3) condamne encore, en plus de l'amende honorable et de la démission de leurs charges, à cinq ans de bannissement « de la Ville, Prévôté et Vicomté de Paris » deux frères qui avaient détruit le testament de leur sœur. Ces peines sévères épouvantaient-elles les fraudeurs ? Il est permis d'en douter, car l'on rencontre, dans nos vieux recueils d'arrêts, plusieurs cas de destruction de testaments, et même un arrêt du Parlement de Paris du 3 avril 1677 (4) dut défendre expressément aux notaires de les lacérer.

A la différence de l'ancien droit, notre code pénal ne prévoit pas spécialement le délit de suppression de testament ; mais il renferme de nombreux textes qui lui sont applicables, soit qu'il y ait suppression proprement dite, soit qu'il y ait seulement détournement (5). Le texte auquel il est fait le plus souvent appel est l'art. 439 C. pénal qui prévoit et punit le fait de brûler ou détruire d'une manière quelconque des minutes, actes ou titres contenant ou opérant obligation disposition ou décharge. Le testament est bien un acte contenant disposition, et, à ce titre, sa suppression doit être punie,

(1) 2, Dig., *De lege de Cornelia de falsis*, XLVIII, 10, Paul ; — 14, Cod., *ad legem de Corn. de fals.*, IX, 22. — Cependant on condamnait ordinairement les personnes du bas peuple aux mines et les citoyens d'un rang plus élevé à la déportation dans une île (38, § 7, Dig., *De pœnis*, XLVIII, 19, Paul). L'accusation d'avoir soustrait un testament était publique (16, pr., Dig., *De lege de Corn. de falsis*, XLVIII, 10, Paul).

(2) Livre XVIII, chap. 25, § 6, *Edit. Rapetti*, p. 284.

(3) Denisart, *Collect. de décisions*, v° *Testament*, n° 155 ; Code Louis XV, t. 4, p. 415.

(4) Parlem. de Paris (2e des Enq.), 3 avril 1677, *Journ. des audiences*, t. 3, l. 4, ch. 12.

(5) Art. 379 qui punit la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ; art. 408 qui punit l'abus de confiance ; art. 173 qui punit la soustraction d'une pièce par un officier public ; art. 254 à 256 qui punissent la soustraction d'une pièce dans un dépôt public.

en vertu de l'article 439, soit de la réclusion s'il s'agit d'un testament authentique, soit d'un emprisonnement de 2 à 5 ans et d'une amende de 100 à 300 francs s'il s'agit d'un testament olographe (1). Comparées aux peines rigoureuses prévues par le droit romain, les peines du droit français actuel ne sont pas très sévères. Les juges ne peuvent guère hésiter à les appliquer strictement, comme ils hésiteraient à le faire si elles leur semblaient trop élevées et en disproportion avec la faute commise. Aussi pourrait-on penser que notre législation pénale actuelle protège mieux les légataires contres les entreprises malhonnêtes des intéressés que ne le faisait la trop dure loi romaine. Il n'en est rien : les destructions de testaments sont tout aussi fréquentes de nos jours qu'autrefois. Devant l'appât du gain, la crainte de la peine ne joue pas : en tant que remède préventif, la pénalité manque à peu près complètement son effet. Il est impossible d'en douter lorsqu'on voit l'impudence stupéfiante de certains héritiers coupables qui n'hésitent pas à se prévaloir publiquement de cette destruction qui est leur œuvre et osent réclamer le bénéfice de leur fraude de première instance en appel, et d'appel en cassation.

4. — Car, en pratique, le problème qui se pose, et cela brutalement, sans que ni d'un côté, ni de l'autre, on ait la pudeur d'y mettre quelque sourdine, c'est celui-ci : « Où ira l'argent ? » Tel est, pour les intéressés, le point capital. D'ailleurs, il n'est pas douteux que le testament ne puisse disparaître aussi sans la faute de personne, par cas fortuit par exemple. Qu'il y ait dol ou non, le point important est donc de savoir ce que deviennent les legs qu'il pouvait contenir. Doit-on les exécuter ?

Si, pour résoudre cette question, on fait abstraction de toute loi positive, il ne fait pas de doute qu'on doive répondre par l'affirmative. L'équité commande que les dernières

(1) Pour qu'il y ait lieu à condamnation, il faut que tous les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis. V. notamment, en ce qui concerne l'art. 439 C. pén. : Crim., 18 mars 1909, D. P. 1911. 5. 58 ; en ce qui concerne l'art. 408 C. pén. : Paris, 15 déc. 1932, *Gaz. Pal.*, 1933. 1. 376.

volontés du défunt soient accomplies. Qu'importe que le testament, l'écrit soient perdus ? La volonté du *de cujus* est indépendante des accidents qui peuvent anéantir l'acte qui la contient, et ceux-ci ne l'affectent en aucune façon. La seule difficulté que l'on aperçoive est relative à la connaissance de cette volonté, connaissance qui serait rendue plus difficile par suite de la perte du testament ; mais, si cette volonté était connue, il semble indiscutable qu'elle devrait être respectée.

5. — Doit-on donner la même solution dans notre droit positif ? La question n'est plus aussi simple. D'après le Code civil, en effet, le testament doit être écrit. Or l'écriture n'est pas seulement exigée pour la preuve des dispositions contenues dans le testament, mais aussi pour l'existence même de ce dernier. C'est une formalité nécessaire, sans laquelle il n'existerait pas ; pour employer les formules consacrées, l'écriture est requise non seulement *quoad probationem* mais *quoad substantiam*. Or en cas de perte ou de destruction, l'écrit n'existe plus. Ne doit-on pas dire que rien ne pouvant remplacer la forme écrite solennelle qui le constitue essentiellement, le testament n'a plus aucune valeur, et que la volonté testamentaire n'est obligatoire qu'autant qu'elle est revêtue des formes exigées par la loi ? Ne doit-on pas dire qu'un acte solennel ne peut être exécuté qu'autant qu'on le représente ?

6. — Cependant, on peut faire observer que d'autres actes solennels conservent leur valeur même lorsqu'ils sont perdus ou détruits. Ainsi en décide-t-on, par exemple, pour les actes dressés par les officiers publics, non seulement pour ceux où l'écrit ne sert que de preuve, ce qui n'est pas discutable (art. 1348, C. civ.), mais encore pour ceux dont l'authenticité est exigée par la loi à peine d'inexistence. Il a été admis que, bien que l'original d'une sommation n'existe plus, celle-ci n'en demeure pas moins valable (1).

On a bien tenté de soutenir l'opinion contraire, en ce qui concerne les actes notariés en se basant sur l'art. 20 de la

(1) Civ., 13 déc. 1853, D. P. 54. 1. 23.

loi organique du 25 ventôse an XI qui dispose : « Les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront ». L'on disait que si l'acte ne peut plus être représenté, il devient nul, car l'art. 68 de la loi prononce la nullité de tout ce qui est fait en contravention des dispositions contenues dans les articles qu'il énumère, parmi lesquels se trouve l'art. 20. Mais le raisonnement manquait de base. Il est clair, en effet, que l'expression « garder minute » employée par l'art. 20 signifie que les notaires doivent dresser en minute tous les actes par eux reçus (sauf les quelques actes simples que l'alinéa 2 du même article permet de dresser en brevet). Autrement dit, l'art. 20 règle une question de rédaction, de forme des actes, et non pas une question de conservation (1). La question de conservation des minutes est traitée non par l'art. 20, mais par l'art. 22 de la loi du 25 ventôse an XI, lequel, à la différence de l'art. 20, n'est pas compris au nombre des dispositions prescrites à peine de nullité. Par suite, un acte n'est pas nul par le fait seul que la minute en a été égarée — ce qui reste exact même pour les actes pour lesquels l'authenticité est impérativement exigée, comme par exemple les donations (2) ou les contrats de mariage (3).

Des actes notariés, on peut rapprocher les actes de l'état civil qui, bien que n'étant pas à proprement parler des actes solennels, leur ressemblent tout au moins par plusieurs points. Bien qu'il soit certain que l'on ne puisse prouver son état que par la représentation d'un extrait des registres de l'état civil, il a de tout temps été admis que cette preuve peut cependant être faite par témoins si les registres sont perdus. Telle était déjà la disposition de l'art. 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, qui a été reproduit par l'art. 46 de notre Code civil.

(1) Civ., 8 déc. 1852, D. P. 53. 1. 48. La même question s'était posée à propos de l'art. 1 de l'ordonnance de 1731 sur les donations, qui prescrivait qu'il devait rester minute de la donation à peine de nullité ; elle avait été résolue dans le même sens : Furgole, *Comm. sur l'art. 1 de l'ordonn. de 1731* ; Req., 29 nov. 1830, D. P. 31. 1. 8.

(2) Req., 29 nov. 1830, précité.

(3) Civ., 8 déc. 1852, précité ; Trib. civ. Seine, 22 nov. 1867, D. P. 68. 3. 29.

D'autres actes encore, et particulièrement importants, doivent être obligatoirement écrits : ce sont les jugements. Mais dès l'ancien droit, il était admis qu'un jugement restait toujours valable bien que la minute en fût perdue (1) et l'article 55 de l'ordonnance de Moulins faisait une application expresse de cette exception : si en principe les reproches proposés contre les témoins, et les salvations contre ces reproches ne pouvaient être prouvés qu'en rapportant les jugements mêmes, cette représentation n'était plus exigée en cas de perte des registres. Bien qu'elle ne soit plus écrite nulle part, la même règle subsiste dans notre droit moderne, et des jugements dont ni la minute, ni une expédition n'avaient été représentés, ont pu être, cependant, déclarés existants et efficaces (2).

7. — Toutes ces décisions se comprennent. Non seulement elles sont fondées sur un sentiment d'équité indiscutable, qui impose que l'on ne frappe pas celui qui a eu le malheur de perdre son titre, mais surtout elles sont fondées sur cette remarque, que l'on trouve souvent répétée dans nos anciens auteurs, qu'il faut toujours en revenir à la vérité. Or, si un contrat de mariage, un acte de naissance, un jugement ont été perdus, cela n'empêche point qu'un régime matrimonial n'ait été adopté par ce contrat, que la filiation de l'enfant ne soit la même que si l'acte était représenté, que les juges n'aient tranché de telle ou telle façon le différend qui leur était soumis. On comprend qu'une forme soit établie pour la preuve de tous ces faits — mais elle n'est qu'un accessoire au fait lui-même, qu'un cadre où se trouve enchâssé ce fait : elle ne peut pas avoir d'influence sur la réalité, la vérité du fait. Il faut remarquer en effet, que si l'acte, ou l'écrit, est requis à titre de solennité, cet acte, ou cet écrit, a bien existé. Ce que les intéressés demandent à prouver, ce

(1) Boiceau, *Tr. de la preuve par tém.*, ch. 10, n° 10.

(2) Civ., 26 thermidor an XII, D. J. G., v° *Jugement*, 894; Paris, 1er août 1823, D. J. G., *eod. v°*, 209-3°; Civ., 24 nov. 1829, D. J. G., *eod. v°*, 209-5°. En cas de perte de la minute d'un jugement, on y supplée, s'il en existe une copie authentique, de la manière prescrite par l'art. 522 C. instr. crim.

n'est pas un fait existant en dehors de la solennité prévue par la loi ; ils établissent au contraire que, si la forme solennelle n'existe plus, elle a existé, et par suite, a donné toute sa valeur au fait pour la constatation duquel elle était requise. Si l'on prétend qu'un contrat de mariage notarié a été perdu, ce n'est point la même chose que de vouloir établir un contrat de mariage verbal ou par acte sous seing privé : l'acte notarié a bien été dressé, et par suite, il y a eu contrat de mariage valable.

8. — Le législateur a d'ailleurs souvent consacré cette solution : en dehors des cas déjà cités, il est plusieurs fois intervenu pour permettre de reconstituer les actes perdus ou détruits, toutes les fois que la destruction avait pris une certaine ampleur. Par là, il reconnaissait implicitement que ces actes avaient conservé toute leur valeur, car il serait inutile de les reconstituer si la perte en avait entraîné l'inefficacité. La reconstitution n'a pour but que de rendre plus commode la preuve du contenu des titres perdus ou détruits et d'éviter l'encombrement des tribunaux ; il est évident que le titre reconstitué, qui ne présente aucun des caractères constitutifs d'un titre véritable, n'aurait aucune valeur s'il n'empruntait pas celle du titre original, ce qui montre bien que cette dernière subsiste, malgré l'anéantissement.

La pratique de la reconstitution des actes perdus ou détruits n'est pas récente ; elle se retrouve presque toujours, au cours de notre histoire, après les périodes de guerre ou de troubles. Nos anciens auteurs nous signalent qu'il fut déjà ainsi procédé « par Franco, evesque du Mans, pour la preuve des titres de son Eglise, perdus du temps de Louys le Piteux, l'an 815 » (1). Henri III, par l'art. 29 de l'édit de février 1580, permit aux ecclésiastiques de faire la preuve de leurs titres détruits, notamment par anciens baux ou par témoins, et le Parlement, en vérifiant cet édit le 5 mars 1580, l'étendit aux particuliers (2). Depuis cette époque, les lois sont nombreuses : loi du 15 mars 1790 (titre 3, art. 6) sur

(1) Le Prestre, *Quest. notables de droict*, cent. 1, ch. 60.
(2) Le Prestre, *op. et loc. cit.*

les titres féodaux brûlés ou pillés ; décret du 16 août 1793, qui autorise le notaire de Vonchy à rétablir ses minutes, brûlées par les émigrés, à l'aide des documents du bureau de l'enregistrement ; ordonnance du 14 janvier 1815, pour la reconstitution de l'état civil de la Ville de Soissons ; loi du 12 février 1872, modifiée par toute une série de lois et décrets postérieurs, pour la reconstitution de l'état civil de Paris ; loi du 1er juin 1916, et surtout loi du 15 décembre 1923 relative à la reconstitution des actes et archives détruits par suite d'événements de guerre.

9. — Si donc les actes solennels demeurent efficaces malgré leur perte ou leur destruction, pourquoi en serait-il différemment pour les testaments ? Remarquons que le décret du 16 août 1793 et la loi du 15 décembre 1923 s'appliquent aux testaments tout aussi bien qu'aux autres actes, ce qui implique que les testaments détruits ont, comme les autres actes, gardé leur efficacité. Mais il n'était pas besoin d'attendre ces lois, car depuis longtemps il est admis que les dernières volontés des morts doivent en principe être exécutées, bien que l'acte qui les constatait soit anéanti. « Cette solution ne contrarie en rien l'exigence de la loi relativement à l'emploi de l'écriture » (1). Le légataire ne réclame pas un legs verbal, mais un legs écrit : là, comme pour les autres actes solennels, la disposition a été faite conformément à la loi : un accident ultérieur ne peut pas porter atteinte à la réalité de ce fait.

10. — Ainsi en décidait déjà le droit romain. Sans doute, la question ne s'est posée à Rome qu'assez tard, car la perte ou la destruction d'un testament supposent que ce testament est fait par écrit. Le très ancien droit romain ne connaissait que le testament verbal, soit *calatis comitiis*, soit *in procinctu*. Mais avec le testament *per aes et libram*, l'usage s'établit que le testateur inscrivît ses dernières volontés sur une tablette. Cette façon de tester était connue à la fin de la République. Dès lors se posait la question de la perte ou de la destruc-

(1) Planiol, Ripert et Trasbot, V, n° 527, p. 544.

tion du testament, telle qu'elle se pose dans notre droit, car les tablettes pouvaient être anéanties. Une constitution de l'empereur Alexandre, de l'an 226, déclara que le testament n'était pas moins valable, bien que l'acte qui le constatait eût péri par l'effet d'un accident (1). Plusieurs textes d'Ulpien, rapportés au Digeste (2), donnent la même solution. Cependant, si l'on en croit Justinien (3), la question soulevait encore quelques difficultés. Et l'on peut remarquer, en effet, que si Ulpien, en opposant, dans les textes précités, la destruction faite par le testateur à celle faite en dehors de sa volonté, paraît bien décider que le testament est toujours valable s'il est détruit par accident antérieurement au décès du testateur, un texte de Paul, au contraire, semble exiger que cette destruction soit postérieure au décès, faute de quoi les institués n'auraient aucun droit (4). Mais, par une constitution de l'an 531, Justinien aplanit les doutes qui pouvaient s'élever en décidant que le testament déchiré par le testateur serait nul, mais resterait valable si l'accident provenait de toute autre cause (5). C'était l'opinion d'Ulpien qui triomphait.

11. — Sous l'influence de l'Eglise, le testament devint d'une pratique courante en France, au Moyen-âge. A cette époque, il peut tout aussi bien être verbal qu'écrit. Beaumanoir nous le dit formellement : « Testamens qui est fes sans escrit puet bien valoir quant il est tesmoigniés par le serement de II loiaus tesmoins sans nule soupeçon, et qu'il soient teus qu'il n'aient nul pourfit ou testament » (6). Aussi paraît-il bien probable que, si le testament était

(1) 2, Cod , *De testamentis*, VI, 23.

(2) 1, § 3, Dig , *De his quæ in testamento delentur*, XXVIII, 4 ; 22, § 3, Dig., *Qui testamenta facere possunt*, XXVIII, 1 ; 1, §§ 10 et 11, Dig., *De bonorum possessionibus secundum tabulas*, XXXVII, 11.

(3) 30, Cod., *De testamentis*, VI, 23.

(4) 1, Dig., *Si tabulæ testamenti extabunt*, XXXVII, 2. Comp. : 11, Cod , *De testamentis*, VI, 23.

(5) 30, Cod., *De testamentis*, VI, 23 (Constitution *Nostram*). Cette constitution paraît bien statuer d'une manière générale.

(6) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ch. 12 (*Edit. Salmon*, n° 405).

perdu, il n'en était pas moins efficace. Sans doute, prouver par témoins une volonté testamentaire n'est point la même chose qu'établir qu'un testament écrit a été perdu — mais du moment que des témoins suffisent pour rendre efficace une volonté testamentaire, on doit admettre sans difficulté la preuve que cette volonté a été exprimée dans un écrit, car qui peut le plus peut le moins. *Li Livres de Jostice et de Plet*, qui nous dit que le testament est prouvé par le témoignage de ceux qui étaient présents à sa confection, ne distingue pas suivant qu'il y a eu ou non un écrit, et que celui-ci est ou non représenté (1). Un peu plus tard, Boutillier l'admettra expressément : « s'il aduenoit puis que le testament seroit publié par deuant loy, et que autant an fust mis en la ferme de la loy, le testament fust perdu par aucune aduenture, pource ne demeureroit pas qu'il ne tint lieu et vaulsist, et que celui qui seroit en la ferme de la loy ne peut estre redoublé par les tesmoins qui au faict auroyent esté présens » (2). Charondas note bien que « Cest art. n'est en usage en Frâce », mais il ne s'agit que de la pratique de la « ferme », pratique qui est toujours restée limitée aux pays de Flandre et de Hainaut. Il faut d'ailleurs remarquer que, dans le cas prévu par Boutillier, il subsiste un double du testament, celui qui a été conservé dans la « ferme ». Mais la même solution devrait être donnée au cas où il ne subsisterait point de double. Elle paraît tout au moins résulter de plusieurs passages de Boutillier, notamment de celui où il admet la preuve des écrits perdus (3), et de ceux où il déclare que les légataires, bien que ne pouvant pas, en principe, être admis à déposer sur le testament, doivent être entendus « en cas accidentel » : « Mais en cas particulier peuvent-ils bien déposer nonobstant que don légataire ayent audit testament » (4). La matière des testaments

(1) *Li Livres de Jostice et de Plet*, liv. 2, ch. XIV, § 5 ; liv. 4, ch. IV (*Edit. Rapetti*, p. 98 et 126).

(2) Boutillier, *Somme rurale*, I, tit. 103 (*Edit. Charondas*, p. 599).

(3) Boutillier, *op. cit.*, I, tit. 106, *De lettres perdues* (*Edit. Charondas*, p. 621).

(4) Boutillier, *op. cit.*, I, tit. 105, *sur cas accidentel*, tit. 106, *De tesmoins sur testament* (*Edit. Charondas*, p. 618 et 629). Comp *Decisiones Guidonis Papæ*, quest. 331.

était d'ailleurs à cette époque réglée en grande partie par les lois romaines ; *li Livres de Jostice et de Plet,* par exemple, ne contient guère sur ce sujet que des résumés des textes du Digeste. Il est donc fort probable que les règles posées par Justinien devaient recevoir leur application. D'ailleurs les cas de perte ou de destruction de testaments ne devaient pas être fréquents. Le testament se relie alors intimement à la confession ; on peut penser qu'il était fait peu de temps avant la mort, et l'Eglise, qui tirait de cette pratique un bénéfice appréciable, puisqu'elle avait tenté de la rendre obligatoire, devait veiller à la conservation de l'acte, puis à son exécution, avec un soin jaloux.

12. — Mais, avec le temps, ce caractère religieux s'atténua peu à peu jusqu'à disparaître, ce qui supprima en même temps la barrière morale qu'il élevait contre les tentatives de falsification ou de destruction. Les fraudes dont le testament pouvait être l'objet n'eurent plus qu'une sanction temporelle, qui paraît être devenue rapidement insuffisante. Aussi, « pour éviter les faussetez » comme le dit Coquille, beaucoup de coutumes exigèrent, dès leur première rédaction, au début du XVI^e^ siècle, que le testament fût reçu par un notaire ou un curé par devant témoins, ou fût écrit et signé du testateur. Mais, outre qu'il n'en était point ainsi dans toutes les coutumes, celles qui prévoyaient ces formalités ne les appliquaient pas rigoureusement : on admettait des exceptions. « Du Molin, dit Coquille (1), en l'annotation sur cet article, met les exceptions si c'est un homme de guerre qui soit sur le point de combattre ou qui soit blessé à mort, ou si c'est un temps de peste, auquel cas suffit la preuve commune qui est de 2 témoins. Aucuns adjoutent si c'est pour cause pitoyable »... Le testament nuncupatif n'était pas encore supprimé.

13. — Mais la preuve par témoins ayant donné lieu aux plus grands abus, elle fut prohibée par l'art. 54 de l'ordon-

(1) Sur la coutume de Nivernais, ch. Des testaments et codicilles, art. 13.

nance de Moulins : « dorénavant, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçûe toute preuve desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu audit contrat, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors et depuis ; en quoi n'entendons exclure les conventions particulières et autres qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées ». Cette disposition allait-elle avoir une influence sur la forme des testaments ? Ne leur était-elle pas applicable ? Le cas était embarrassant : si l'ordonnance ne semblait parler que des contrats, il était bien certain que la preuve par témoins était au moins aussi dangereuse pour les testaments (1). A la fin du XVI^e^ siècle, Boiceau, après avoir examiné les arguments dans chaque sens, et bien que penchant pour l'affirmative, n'osait pas se prononcer et déclarait attendre la décision des arrêts (2).

Cette hésitation se retrouve dans la jurisprudence. Les Parlements des pays de droit écrit déclarèrent que l'ordonnance ne pouvait viser que les contrats, et n'était point applicable aux testaments, lesquels étaient régis par des lois particulières (3). Mais le Parlement de Paris (4) s'était d'emblée prononcé pour l'opinion contraire. Ainsi fut-il jugé par arrêt du « jeudy vingtiesme décembre 1576 » (5), suivi par toute une série d'arrêts (6). Il en était ainsi même pour le testament fait en temps de peste (7). Un arrêt du 25 février

(1) V. notam. : Charondas le Caron, *Réponses ou décisions du droit français*, liv. 9, rép. 35.

(2) Boiceau, *Tr. de la preuve par tém.*, ch. 16.

(3) Arrêts du Parlement de Toulouse, d'août 1644, 7 juillet 1659, et mars 1698 — du Parlement de Bordeaux du 5 déc. 1672 — du Parlement de Grenoble du 16 mars 1626.

(4) Suivi par le Parlement de Bourgogne, arrêt du 7 déc. 1612.

(5) Brodeau, sur Louet, lettre T, n° VIII.

(6) Arrêts des 19 déc. 1579 et 7 janvier 1593, cités par Charondas, liv. 9 rép. 35 ; des 6 juin 1594, 10 déc. 1598, et 28 mars 1600, cités par Brodeau, *op. et loc. cit.*

(7) Parlem. de Paris (séant à Tours) 7 janvier 1595, et 8 mai 1598, Brodeau, *op. et loc. cit.* Au début, il fut toutefois fait exception pour le testament militaire : Grands jours de Clermont, 15 nov. 1582 ; Parlement de Paris (séant à Tours) 15 mai 1592, Louet, *op. et loc. cit.*

1650 (1) pourra dire : « l'ordonnance qui a deffendu les preuves par témoins est générale et sans distinction de personnes, et depuis l'ordonnance on n'a jamais receu à prouver un testament par témoins, les arrests en sont vulgaires. »

Ainsi, depuis l'ordonnance de Moulins, toute disposition testamentaire excédant 100 livres doit, dans le ressort du Parlement de Paris, être faite par écrit. L'ordonnance d'avril 1667, qui reprenait, dans l'art. 2 du titre 20, les dispositions de l'ordonnance de Moulins n'apporta point de changement dans la jurisprudence et il fallut attendre l'ordonnance de 1735 (art. 1er) pour que fussent unifiées sur ce point les décisions des Parlements. Désormais, aucune discussion n'était plus possible : tout testament devait être fait par écrit.

14. — Quelles devaient être les conséquences de la jurisprudence du Parlement de Paris relativement à la perte ou à la destruction des testaments ? Si l'écrit qui devait être rédigé avait été perdu ou détruit, était-il possible de prouver par témoins le testament ? L'ordonnance de Moulins n'avait-elle pas pour résultat la prohibition de cette preuve ? Il y eut quelques hésitations.

D'une part on invoquait les lois romaines, et notamment la constitution *Publicati* d'Alexandre (2) qui permettait la preuve d'un testament péri par l'effet d'un accident, et la constitution *Sin vero facta* de Justinien (3) qui permettait de justifier d'un paiement par témoins en prouvant que la quittance qui le constatait avait été détruite par un événement fortuit, comme un incendie, un naufrage ou un autre malheur. Ces deux textes ne visaient expressément que la perte par cas fortuit, mais on déclarait qu'il y avait lieu de les étendre par analogie au cas où l'anéantissement du titre provenait d'une destruction dolosive, car cette destruction, étant un crime, se trouvait par le fait même en dehors des prescriptions de l'ordonnance (4).

(1) Parlement de Paris, 25 février 1650, Soëfve, t. 1, cent. 3, ch. 24.
(2) 2, Cod., *De testamentis*, VI, 23.
(3) 18, Cod., *De testibus*, IV, 20.
(4) Boniface, *Rec. des arrêts du Parlement de Provence*, t. 2, liv. 9,

D'autre part, on répondait que si la jurisprudence du Parlement de Paris avait cru devoir empêcher la preuve par témoins des testaments, à cause de ses graves dangers, il devait en être de même lorsqu'on arguait de la perte du titre, puisque les dangers de l'enquête étaient les mêmes — que, par suite, on ne pouvait pas, en prenant le détour de la suppression du titre, aboutir à une preuve condamnée par l'ordonnance, parce que ce qui n'est pas permis directement ne peut pas l'être indirectement. On faisait aussi remarquer qu'il ne suffisait point qu'il y eût crime pour rendre admissible la preuve testimoniale, « car quant à ce qu'on dit, porte un arrêt du 25 février 1650 (1), que par la disposition de droit la suppression du testament est un crime, duquel par conséquent il est permis de faire preuve et se pourvoir criminellement, il y a beaucoup d'autres choses qui passent pour crimes dans la disposition de droit, desquelles néanmoins depuis l'ordonnance on n'a point receu la preuve par témoins »...

Cependant l'influence du droit romain, les incontestables raisons d'équité sur lesquelles étaient fondées ses solutions, finirent par l'emporter; d'autant plus que, comme l'avait fait observer Le Prestre (2), autre chose est de prouver par témoins qu'une somme nous est due, autre chose est de prouver que le titre qui constatait la dette est perdu ou a été détruit. Or, c'est la première preuve seule que condamnait l'ordonnance.

15. — Mais si l'on remarque que l'ordonnance de Moulins n'était pas comprise par tout le monde de la même façon, que l'on avait des doutes sur la portée qu'on devait lui donner vis à-vis des lois romaines, si l'on ajoute que l'on n'était pas d'accord sur l'interprétation à donner à ces mêmes lois, on comprendra facilement que chaque auteur ait eu, sur la question de la perte ou de la destruction des testaments, ses idées particulières, et que les solutions apportées par l'an-

titre 3, ch. 3 ; Danty, sur Boiceau, *Tr. preuve par tém.*, addit. au ch. 15, n° 15.

(1) Parlem. de Paris, 25 fév. 1650, Soëfve, t. 1, cent. 3, ch. 24.

(2) Le Prestre, *Quest. not. de droict*, cent. 1, ch. 60.

cien droit à cette difficulté soient restées longtemps fort confuses. Au XVIIIe siècle encore, Danty, après avoir noté que les auteurs s'accordaient sur le *principe* de l'admissibilité de la preuve du testament perdu ou détruit, peut écrire que « c'est en effet tout ce qu'on peut raisonnablement décider dans une matière si obscure et si arbitraire » (1).

Il paraît donc impossible de dégager, dans notre ancien droit, une théorie d'ensemble sur cette question. Toutefois, grâce au recul du temps, qui permet d'envisager la totalité des résultats acquis, on constate que la jurisprudence était arrivée par étapes successives (et par des arrêts qui, au premier abord, pourraient paraître de simples arrêts d'espèce, sans aucun lien entre eux) à préciser plusieurs solutions que notre jurisprudence moderne n'a plus eu qu'à systématiser. Cette construction empirique de la jurisprudence des Parlements, dont chaque partie semble avoir été édifiée sans tenir compte des autres, donne cependant, beaucoup mieux que la doctrine, les vraies solutions de l'ancien droit.

16. — Pendant une assez longue période, la jurisprudence reflèta les hésitations qui se manifestaient au sujet de la portée de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins. Un arrêt du Parlement de Paris du 11 juin 1619 (2) refuse d'admettre la preuve de la soustraction d'un titre parce que le demandeur n'y avait pas conclu *in limine litis* ; un autre du 22 février 1633 (3) refuse d'admettre celle de la suppression d'un testament parce qu'on ne l'alléguait que par forme d'exception. Mais déjà était acquis le principe de l'admissibilité de la preuve du testament anéanti, que de nombreux arrêts allaient affirmer jusqu'à la fin de l'ancien droit (4). Certes, il n'y

(1) DANTY, sur BOICEAU, *Tr. preuve par tém.*, addit. au ch. 16, n° 71.

(2) BARDET, t. II, liv. 1, ch. 60. Cet arrêt ne vise à la vérité qu'une reconnaissance de dépôt, mais la solution qu'il donne est applicable, par analogie, à la soustraction d'un testament (en ce sens, DANTY, sur BOICEAU, *Tr. preuve par tém.*, addit. au ch. 16, n° 67).

(3) Parlem. de Paris, 22 février 1633, BARDET, t. II, liv. 2, ch. 11.

(4) Parlem. de Toulouse, 11 mai 1627, De Cambolas, liv. 5, ch. 41 ; Parlem. de Paris (Gr. Ch.), 28 nov. 1647, cité par Ricard, 3e Part., ch. 1, n° 14 ; Parlem. de Paris (Gr. Ch.), 17 janv. 1651, Soefve, t. I, cent. 3, ch. 57 ; Parlement de Paris, 27 sept. 1674, *Journal des audiences*, t. III,

avait point unanimité, et l'on peut citer deux arrêts du Parlement de Rouen qui ont refusé cette preuve (1) par une application rigoureuse de l'art. 528 de la coutume de Normandie, qui exigeait, pour rendre admissible la preuve de la perte d'un contrat, que celui-ci eût été passé devant notaires (ou reconnu devant eux, s'il s'agissait d'un sous-seing privé), et suivi de possession. Mais ces divergences ne portaient point atteinte au principe posé par la jurisprudence constante du Parlement de Paris, la seule qui fît vraiment autorité.

Toutefois, si la preuve était admise en principe, plusieurs arrêts l'avaient cependant repoussée : c'est qu'il fallait encore que cette preuve remplît certaines conditions. En premier lieu, il était nécessaire que l'on se trouvât dans un des cas où la preuve par témoins était admise, c'est-à-dire qu'il était nécessaire (conformément à une jurisprudence qu'allait consacrer l'art. 3 du titre 20 de l'ordonnance de 1667), soit qu'il existât un commencement de preuve par écrit (2), soit que le testament eût été détruit par un accident imprévu. Peu importait la nature de cet accident, qu'il y eût eu destruction frauduleuse (3), dissimulation par un héritier (4), ou perte par cas fortuit (5); mais il était nécessaire de prouver le fait précis qui avait anéanti le testament : la preuve n'était point admise si les faits invoqués n'étaient pas décisifs (6).

En second lieu, il fallait que la destruction eût porté réellement sur un testament : la preuve était rejetée si l'acte testamentaire dont on alléguait la perte avait été dressé, non

liv. 1, ch. 18; Parlem. de Paris (Gr. Ch.), 10 fév. 1690, *Journ. des aud.*, t. IV, liv. 5, ch. 6; Châtelet, 3 mars 1733, et Parlem. de Paris, 19 mai 1733, Code Louis XV, t. 4, p. 415, Denisart, v° *Testament*, n° 155; Cass. (sect. civ.), 17 février 1807, S. 07. 1. 97 (rendu sur les principes de l'ancien droit).

(1) Parlem. de Rouen, 13 février 1664 et 19 août 1677, Brillon, *Dictionnaire*, v° *Testament*, n° 201.

(2) Parlem. de Paris, 10 février 1690, précité.

(3) Parlem. de Paris, 28 nov. 1647, 27 sept. 1674, 19 mai 1733, précités.

(4) Parlem. de Toulouse, 11 mai 1627, et Parlem. de Paris, 17 janvier 1651, précités.

(5) Civ., 17 fév. 1807, précité.

(6) Parlem. de Paris, 22 février 1633, précité; Parlement de Paris, 25 février 1650, Soefve, t. 1, cent. 3, ch. 24.

par un notaire, mais par un officier incompétent (1), si les témoignages étaient contradictoires, l'un des témoins déclarant qu'il s'agissait d'une révocation de testament, l'autre d'un simple acte de déguerpissement (2), ou encore s'il n'était apporté aucune preuve que le papier détruit fût un testament (3).

Enfin, il était nécessaire d'établir que le testament anéanti contenait un legs au profit des demandeurs, par conséquence de la maxime *Frustra probatur quod probatum non relevat* (4).

Telles étaient les solutions explicitement consacrées à la veille du Code civil (5).

(1) Arrêt du 9 février 1739, cité par Hutteau, sur Pothier, Supplém., p. 407.

(2) Parlem. de Paris, 2 juin 1654, Soefve, t. 1, cent. 4, ch. 71.

(3) Parlem. de Paris, 3 avril 1677, *Journ. des aud.*, t. 3, l. 4, ch. 12.

(4) Danty, sur Boiceau, *Tr. preuve par tém.*, addit. au ch. 16, n° 69 ; Parlem. de Paris, 3 avril 1677, précité (*sol. implicite*).

(5) A côté de la construction jurisprudentielle, la doctrine présente la plus grande diversité. Domat (*Loix civiles, Des testaments*, liv. 3, tit. 1, sect. 5, art. 22) et Furgole (*Tr. des testam.*, ch. 11, n° 79) se réfèrent exclusivement aux lois romaines. Ricard (*Tr. des donat.*, 3e Partie, Ch. 1, n° 6 et s.) a présenté de la question une systématisation qui n'a pas été retenue par la pratique, mais on ne saurait lui en faire grief, étant donné qu'à l'époque où il écrivait, il n'avait que peu de décisions à sa disposition ; aussi doit-on lui préférer celle de Danty (sur Boiceau, *Tr. preuve par tém.*, addit. au chap. 16, nos 67 et suiv.), encore qu'elle comporte des erreurs, et qu'elle manque d'originalité.

A la fin du xviiie siècle, une théorie curieuse est enseignée par deux éminents auteurs : Pothier (*Tr. des donations testament.*, ch. 6, sect. 2, § 1) et Merlin (*Rép. de jurisprud.*, v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 23). D'après eux, la preuve testimoniale ne serait admissible qu'en cas de perte par cas fortuit, mais non pas en cas de suppression. Le légataire ne pourrait donc pas alors obtenir l'exécution du legs à lui fait, mais seulement faire « informer » du crime de suppression de testament. Quelle que soit l'autorité qui s'attache aux noms de Pothier et de Merlin, il est impossible d'admettre cette théorie. De nombreux arrêts (v. *supra*) avaient admis la preuve de l'existence d'un testament frauduleusement détruit ou soustrait ; c'est encore ce qu'enseigne Poullain du Parc (*Principes du droit français*, t. 9, liv. 5, 1re part., ch. 13, n° 54) qui n'écrit que quelques années avant Pothier. D'ailleurs les arrêts qu'invoquent Pothier (Parlem. de Paris, 2 juin 1654) et Merlin (Parlem. de Paris, 11 juin 1619 et 17 janvier 1651) sont loin d'avoir la portée qu'ils leur donnent, et s'expliquent tout différemment (v. *supra*). Enfin, il faut remarquer que, bien que Merlin ait tenté de faire passer sa théorie dans notre droit moderne (v. *Répert. de jurisp.*, 5e édit., *loc. cit.*), lorsque s'est posée, après 1804, la question de savoir si un testament détruit devait être exécuté, les tribunaux l'ont résolue affirmativement sans

17. — Comme l'ancien droit, celui-ci décida que tout testament devait être écrit; mais il était complètement muet sur la question de la perte des testaments. Cependant, malgré ce silence, il n'y eut point de difficultés sur le principe de l'admissibilité de la preuve du testament perdu ou détruit. Car la situation était la même que sous l'ancien droit : les articles 1341, 1347 et 1348 C. civ. reproduisaient exactement (et même presque textuellement) les articles 2 et 3 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, tandis que la matière des testaments était réglementée d'une façon analogue à celle qui résultait de l'ordonnance de 1735. Toutes les solutions patiemment élaborées depuis deux siècles gardaient leur valeur : elles furent adoptées par la jurisprudence moderne qui les a toujours considérées comme certaines. Le rôle des tribunaux n'a été que de trancher les points secondaires qui restaient encore douteux, de compléter la théorie commencée par l'ancien droit pour lui donner toute l'ampleur qu'elle comportait. Mais, en somme, ce n'était qu'un travail de complément : le principe essentiel était acquis (1).

hésitation (Poitiers, 22 janvier 1811, S. 11. 2. 153, et sur pourvoi, Civ. r., 1er sept. 1812, S. 1813. 1. 133). Si la solution de l'ancien droit avait été différente, les bénéficiaires de la destruction n'auraient pas manqué d'en faire état, ce que l'on ne voit nulle part.

A propos de l'arrêt du Parlement de Paris du 17 janvier 1651, il y a lieu de remarquer que Merlin (*op.* et *loc. cit.*) et Danty (sur Boiceau. addit. au chap. 15, n° 15, et au chap. 16, n° 72) rapportent cet arrêt comme ayant refusé d'admettre la preuve par témoins de la soustraction d'un testament. Au contraire Ricard (*Tr. des donat.*, 3e partie, ch. 1, n° 14) et Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, v° *Testament*, n° 199) le donnent comme ayant admis la preuve. Merlin, Danty et Brillon citent l'arrêt d'après Soefve. Cette curieuse contrariété provient sans doute de l'obscurité du texte de Soefve. Mais Soefve lui-même déclare que cet arrêt a admis la preuve (Soefve, t. 1, cent. 4, ch. 71).

(1) Si la théorie de Merlin ne représentait pas la solution de l'ancien droit, et n'a pas été adoptée par la jurisprudence moderne, elle n'en a pas moins longtemps survécu. De nombreux auteurs (Poujol, sous l'art. 970, n° 30 ; Duranton, t. 9, n° 48 ; Demolombe, *Tr. des donations*, t. 4, n° 32 ; Laurent, t. 13, n° 114) n'accordent au légataire qu'une action en dommages-intérêts contre le coupable, en cas de suppression de testament (art. 1382 C. civ.), mais lui refusent l'action en exécution, laquelle ne serait possible qu'en cas de perte par cas fortuit (art. 1348 C. civ.) Cette distinction, abandonnée d'ailleurs par la doctrine récente, était manifestement contraire à la jurisprudence, qu'elle avait la prétention d'expliquer (v. Civ., 1er sept. 1812, précité), et injustifiable en droit, car

18. — Si l'efficacité d'un legs contenu dans un testament perdu ou détruit est sans aucun doute admise dans notre droit, ce n'est pas là, d'ailleurs, une solution propre à notre pays ; elle se retrouve dans beaucoup d'autres législations.

Cette analogie ne saurait surprendre en ce qui concerne les législations latines, qui relèvent du même esprit que la nôtre. Ainsi, par exemple, la jurisprudence belge a donné à cette question de la perte des testaments la même solution que la jurisprudence française ; non seulement le principe de l'efficacité du testament perdu est affirmé comme il l'est dans notre droit, mais encore les mêmes précautions sont prises pour sa reconstitution (1).

Plus heureux que nous, plusieurs pays latins possèdent un texte qui tranche la difficulté. Ainsi en est-il en Droit portugais : le testament trouvé déchiré ou en morceaux dans les papiers du testateur, peut encore valoir s'il est complètement prouvé que cette lacération est postérieure au décès du testateur, ou qu'elle a été faite par lui dans un accès de démence ; si le testament était entre les mains d'un tiers, l'altération serait, jusqu'à preuve contraire, présumée provenir de celui qui en avait la garde (2).

De même une législation de codification récente, celle du Brésil, décide que le testament ouvert ou déchiré par le testateur ou de son consentement doit être tenu pour révoqué (3), ce qui montre que le testament n'en reste pas moins valable si l'ouverture ou l'altération provient d'un cas fortuit ou a été faite sans le consentement du testateur, c'est-à-dire s'il y a eu perte ou destruction. D'autres codes encore donnent la même solution (4).

la suppression frauduleuse a toujours été admise comme cas fortuit au sens de l'art. 1348-4°. Elle n'est due qu'à l'influence de Merlin ; il est intéressant de noter qu'ici, à l'inverse de ce qui s'est passé dans beaucoup d'autres cas, cette influence s'est fait sentir non en jurisprudence, mais uniquement en doctrine.

(1) V. Liége, 17 février 1926, D. H. 1926, 185 ; *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 573.

(2) Art. 1940, 1941 et 1943 du Code civil portugais de 1867 (*Traduct. Laneyrie et Dubois*, Paris, 1896).

(3) Art. 1749 du Code civil des Etats-Unis du Brésil (*Traduct. Goulé*, Paris, 1928).

(4) Code civil espagnol de 1889, art. 742. — Comp. : Code civ. argentin, art. 3870 ; Code civ. péruvien, art. 858.

Bien que procédant d'une autre inspiration, les codes germaniques contiennent des textes semblables. L'art. 2255 C. civ. allemand dispose : « Un testament peut aussi être révoqué par ce fait que le testateur a détruit l'acte testamentaire dans l'intention de l'annuler ou lui a fait subir des modifications par lesquelles on a coutume d'exprimer la volonté d'annuler une déclaration de volonté écrite. — Si le testateur a détruit l'acte testamentaire ou lui a fait subir des modifications de la façon indiquée, il est présumé qu'il a eu l'intention d'annuler le testament » (1). C'est à peu près exactement la décision de la constitution *Nostram* de Justinien (2). Même si le testament est détruit par le testateur, il n'y a pas révocation, mais seulement présomption de révocation, ce qui suppose nécessairement que la preuve contraire est admissible. Cette solution est logique : on ne peut pas dire qu'il y ait révocation du testament si le testateur l'a déchiré par erreur. Il est nécessaire, ainsi que l'indique l'alinéa premier, que la destruction du testament ait été faite « dans l'intention de l'annuler ». Sinon, le testament n'en restera pas moins efficace. Il y a plus : des termes employés par l'art. 2255, on déduit qu'il n'y a plus présomption d'annulation lorsqu'il n'est pas établi que la destruction a été faite par le testateur lui-même (3). Dès lors, même entièrement anéanti, le testament reste efficace (sauf preuve contraire) et le légataire pourra réclamer le legs à lui fait.

Toute semblable est la disposition du Code civil suisse : si le testateur peut révoquer son testament par la suppression de l'acte, l'acte supprimé par cas fortuit ou par la faute d'un tiers reste valable, tout au moins s'il est possible d'en rétablir exactement et intégralement le contenu (art. 510, C. civ. suisse) (4).

La même solution s'est donc imposée dans tous ces pays, quelles que puissent être par ailleurs les divergences des

(1) *Traduct. Bufnoir et autres.*
(2) 30, Cod., *De testamentis,* VI, 23.
(3) En ce sens : Civ. 25 nov. 1924, D. P. 1925. 1. 28.
(4) D'après MM. Rossel et Mentha (*Manuel de droit civil suisse*, t. I, p. 562) cette reconstitution ne pourrait pas être faite par témoins.

législations positives. Evidemment il existe entre les solutions données des différences de détail assez nettes, ce qui ne saurait surprendre. Au moins remarque-t-on, et c'est le point intéressant, que partout est affirmé ce principe que le testament est toujours valable s'il a disparu en dehors de la volonté du testateur. Si les conditions que doit remplir cette disparition, et les règles relatives à la preuve du testament anéanti, varient d'un pays à l'autre, au moins y a-t-il accord sur le principe même de l'efficacité du testament perdu ou frauduleusement détruit. Cette identité est due, sans aucun doute, à l'influence du droit romain, dont les règles ont servi de base à nombre de législations, mais surtout à ce que cette solution est une solution d'équité. Quelque diverses que soient les formes que les différents pays imposent aux testaments, il n'en est pas moins vrai que la volonté du défunt seule en est la base, et qu'elle doit être exécutée quels que soient les accidents qui surviennent à l'acte qui les contient.

19. — Si le principe de l'efficacité du testament perdu ou détruit est général, s'il est possible de dire qu'il a été de tout temps admis en France, la connaissance de ce principe n'est pas suffisante pour résoudre toutes les espèces qui peuvent se présenter devant les tribunaux. Notre jurisprudence a dû, depuis le début du XIX^e^ siècle, développer la théorie qu'avait ébauchée notre ancien droit. Des décisions nombreuses, au nombre d'une centaine, sont venues trancher des problèmes nouveaux : leur juxtaposition constitue, à l'heure actuelle, un véritable ensemble, une sorte de théorie des testaments perdus ou détruits.

Pour élaborer les différentes solutions qu'elle a données, la jurisprudence ne pouvait pas s'appuyer directement sur notre loi, muette en la matière. Elle a dû avoir recours aux principes généraux, seule base dont elle pouvait partir.

20. — Le premier principe auquel il a été fait appel c'est celui qui est à la base même du droit : le principe d'équité. Depuis le droit romain, il a été traditionnellement reconnu que la perte de l'acte ne pouvait nuire aux dispositions qui

y étaient contenues. Il a toujours été considéré comme juste que soient accomplies autant que possible les dernières volontés du testateur. Le respect dû aux morts est un sentiment dont s'honorent les nations civilisées ; il doit s'étendre aux ultimes manifestations de leur volonté. Lebrun n'enseignait-il pas que « la défense des testaments est un des principaux offices de la piété du juge » ? (1).

Mais l'idée d'équité n'est pas à elle seule suffisante pour expliquer et justifier les solutions admises. Dans l'état actuel de notre droit, il n'est certainement pas possible aux tribunaux de rendre des décisions fondées uniquement sur elle. L'équité ne peut ni suppléer ni remplacer le droit positif. Or, les tendances du droit positif en matière de testament paraissent justement faire obstacle aux solutions données par la jurisprudence, en cas de perte et de destruction. Le testament étant, dans notre législation un acte solennel, obligatoirement écrit, ne doit-on pas hésiter à reconnaître l'efficacité d'un testament disparu ? Comment, en l'absence de textes, faire prévaloir cette solution cependant certaine ?

21. — Les auteurs qui font de l'interprétation exégétique des textes du code le fondement du droit civil paraissent s'être trouvés quelque peu embarrassés pour l'expliquer (2), ce qui se conçoit aisément. Mais une école récente (école qui recueille en doctrine des adhésions de plus en plus nombreuses, et qui a pour elle, tacitement tout au moins, l'appui de la jurisprudence) a su montrer l'existence d'une source de droit autre que la loi : la coutume.

Déjà, Portalis avait dit « qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout », ... « qu'un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat » (3). A mesure que nos codifications napoléoniennes s'éloignent dans le passé, il devient de plus en plus évident qu'elles ne peuvent pas suffire à résoudre la totalité des innombrables diffi-

(1) Lebrun, *Traité des successions*, liv. 3, ch. 9, n° 14.

(2) V. la nuance de doute de M. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. III, n° 1274. — Comp. : Duranton, t. IX, n° 48.

(3) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. I, p. 469 et suiv.

cultés de la vie juridique. Il a bien fallu combler les fissures inévitables de nos codes. Sur les points que n'avaient pas aperçu, ou que n'avaient pas tranché les législateurs de 1804, jurisprudence et doctrine se sont efforcées de donner des solutions. Des usages se sont créés, des interprétations se sont établies, qui, avec l'appui constant des tribunaux, ont pris la même force, la même valeur pratique que s'ils avaient été édictés par la loi. Ainsi s'est formée la coutume. Sans doute, il n'y a pas accord complet sur les éléments constitutifs de cette coutume ; tout au moins est-il admis que la coutume certaine a pleine efficacité lorsqu'elle se présente « comme complément de la loi écrite dont elle comble les lacunes dans les cas non prévus par les textes » et « qu'on doit reconnaître ... la force d'une interprétation authentique de la loi à l'interprétation usuelle quand elle résulte d'une coutume nettement caractérisée » (1).

22. — La matière de la perte et de la destruction des testaments apparaît comme une illustration frappante de cette théorie. Rien, dans le Code civil, ne venait dicter aux tribunaux la solution de la difficulté ; et cependant, il n'y eut aucune hésitation. Les textes romains et, sur leur fondement, la jurisprudence de nos Parlements, avaient admis l'efficacité d'un testament disparu. En 1804, près de deux siècles de jurisprudence constante, appuyée sur l'autorité de Justinien, constituaient une coutume certaine, en marge des coutumes rédigées et des ordonnances. Dès lors que le Code civil empruntait aux ordonnances de Moulins et de 1735 leurs dispositions, la jurisprudence moderne devait, pour suppléer au silence du code, faire sienne cette coutume que l'ancien droit avait créée pour suppléer au silence des ordonnances. « A défaut de textes précis sur chaque matière, disait Portalis, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi » (2). L'usage constant a complété la loi. Les règles d'efficacité du testa-

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e édit., nº 125, t. I, p. 390.

(2) Fenet, *op. et loc. cit.*

ment perdu ou détruit sont complètement entrées dans notre droit positif, et ne sont plus désormais discutées : c'est ainsi que, depuis 1804, la Cour Suprême n'a eu que deux fois l'occasion de casser les arrêts qui lui étaient soumis (1). Ainsi peuvent se justifier les solutions données par notre jurisprudence. Ici, comme sur bien d'autres points, il faut savoir reconnaître l'insuffisance du Code civil, et le caractère décisif de la tradition.

23. — Mais ce n'est pas seulement des solutions positives de l'ancien droit qu'a hérité notre droit moderne : les traditions de l'ancienne jurisprudence se sont perpétuées au XIXe siècle. L'état d'esprit dans lequel était résolue la question de la perte ou de la destruction d'un testament sous notre ancien droit, le point de vue duquel elle était envisagée, se retrouvent dans les décisions rendues après le Code civil. En sorte que l'évolution historique de la question a influencé notablement la jurisprudence moderne, jusque dans les difficultés nouvelles qu'elle a eu à résoudre, et que les solutions qu'elle en a données se rattachent tout autant aux vieilles traditions qu'aux règles posées par le droit moderne.

24. — C'est par application de l'ordonnance de Moulins que le Parlement de Paris a exigé que le testament fût écrit. Sans doute certaines coutumes l'exigeaient bien dès auparavant ; mais l'ordonnance de Moulins donna seule à la règle une portée générale, au moins pour le ressort du Parlement de Paris. La conséquence logique de cette application de l'ordonnance de Moulins aux testaments fut que l'écrit était considéré, pour le testament, comme un instrument de preuve, non comme une solennité. Même après l'ordonnance de 1735, où pourtant l'écrit est considéré comme une solennité essentielle, cette tendance à n'y voir qu'un mode de preuve subsista, tout au moins au cas où le testament était

(1) Civ., 17 février 1807, D. J. G., vo *Disp. entre vifs et testam.*, 2523, S. 07. 1. 97 ; Civ., 16 mai 1923, D. P. 1926. 1. 29, S. 1923. 1. 337. Encore faut-il noter que le premier de ces arrêts statue sur les textes de l'ancien droit.

perdu ou détruit (1). Elle était si bien enracinée qu'on en trouve des traces frappantes, même après le Code civil, et jusqu'au milieu du XIXe siècle. On peut citer des arrêts (2) qui ont été jusqu'à déclarer que l'art. 1341 C. civ. est applicable à toute espèce d'actes et de conventions sans distinguer entre ceux qui contiennent des dispositions de dernière volonté et les autres, et que les art. 970 et suivants du Code civil n'apportent aucune dérogation à cette règle. S'il fallait prendre cette formule à la lettre, il y aurait là une erreur grossière : car il est bien certain qu'un testament verbal ne vaudrait point, même au-dessous de 500 francs, et qu'on ne serait pas admis, en produisant un commencement de preuve par écrit, à prouver par témoins ou présomptions une volonté testamentaire. Les articles 970 et suivants du Code civil envisagent l'écrit d'une toute autre façon que l'art. 1341. Cependant cette assimilation de l'écrit testamentaire à l'écrit constatant une convention ordinaire était parfaitement exacte jusqu'à la veille de l'ordonnance de 1735, et les deux décisions citées sont les derniers restes, fort curieux, de cette vieille tradition. Ainsi, malgré les regrets de M. Josserand (3), il semble bien que le libéralisme en matière de testament ne soit pas une nouveauté.

Cette tendance à envisager l'écrit testamentaire comme un simple moyen de preuve a conduit à la conséquence suivante : au cas où cet écrit ne peut plus être représenté, l'on appliquera les mêmes textes et les mêmes règles qu'à la perte des autres actes. Par suite, le caractère solennel du

(1) N'est-ce pas aussi cette idée qui explique que certaines dispositions de dernière volonté verbales aient été validées, lorsqu'elles avaient été suivies de tradition (Parlem. de Paris, 26 février 1738 et 25 mars 1746, Denisart, v° *Testament*, nos 19 et 20)? Si l'on avait considéré l'écrit comme une solennité, il aurait fallu déclarer ces dispositions nulles. Au contraire, en ne regardant l'écrit que comme un moyen de preuve, on était amené à dire que cet écrit n'était pas nécessaire lorsque la disposition avait été complètement exécutée par la tradition par le testateur de la chose mobilière léguée, puisqu'alors le légataire n'avait plus besoin d'aucun instrument de preuve pour réclamer cette chose.

(2) Req., 24 juin 1828, D. P. 1828. 1. 290; Caen, 31 janvier 1856, sous Civ., 12 déc. 1859, D. P. 60. 1. 334.

(3) Josserand, *La « désolennisation » du testament*, D. H. 1932, chronique, p. 73.

testament n'aura aucune influence sur la nature des preuves qu'il y aura lieu de fournir : tout se passera, lors de la perte d'un testament, comme en cas de perte de l'écrit constatant une convention purement consensuelle.

25. — Une autre tradition, en partie inverse de celle-ci, découle de l'évolution historique. La nécessité d'un testament écrit résulta d'abord de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins. Or cet article avait eu pour cause les abus de la preuve testimoniale. La prohibition prononcée par l'ordonnance fut, après quelques hésitations (qu'explique le changement radical qu'elle opérait dans les habitudes reçues), accueillie par les Parlements avec une faveur extrême, et presque exagérée. Ce fait peut surprendre, au premier abord, quand on constate que l'ordonnance de 1667 (art. 2, 3 et 4 du titre 20) prévoit des exceptions à la prohibition, alors que l'ordonnance de Moulins n'en prévoyait point, et que la liste de ces exceptions s'est encore augmentée dans le Code civil. Mais elles ne sont que la consécration de la jurisprudence, et il est facile de constater que les Parlements ne les ont admises qu'à leur corps défendant, et parce que vraiment, il n'était pas possible de juger autrement. Nos vieux recueils d'arrêts, notamment ceux du XVII^e^ siècle, nous montrent que l'on invoquait la prohibition de la preuve testimoniale partout et à propos de tout : à cette époque la preuve testimoniale était en horreur. Par suite, lorsqu'on demandait à faire par témoins la preuve de la perte ou de la destruction d'un testament, cette demande, sortant du droit commun, était regardée avec suspicion, et n'était que difficilement accueillie. Cet état d'esprit subsiste encore de nos jours : alors que la jurisprudence permet facilement en principe, d'établir qu'un testament a disparu, elle devient très stricte si le légataire demande à établir ce fait par témoins, et les juges, pour admettre cette preuve, posent souvent des conditions rigoureuses.

Telles paraissent être les principales influences dérivées de notre ancien droit, qui laissent une trace visible dans notre droit moderne.

26. — Comment ces principes, ces influences ont-ils conduit aux solutions actuellement admises dans notre droit? Si le testament, bien que perdu ou frauduleusement détruit reste efficace, encore faut-il préciser exactement à quoi est subordonnée cette efficacité et quelle en est la portée.

Une première partie traitera des conditions d'efficacité du testament perdu ou détruit : il faut tout d'abord qu'il ait existé un testament valable, contenant un legs au profit du demandeur ; de plus, ce testament doit être perdu ou détruit. Ces deux points seront successivement examinés.

Si les conditions déterminées sont remplies, le légataire aura droit au legs à lui fait par le testateur. Mais, il faudra encore qu'il établisse son droit : à la preuve de celui-ci sera consacrée la seconde partie. Après avoir précisé les conditions de recevabilité de la preuve, il conviendra d'examiner, sous deux chapitres distincts, les règles relatives à la charge de la preuve, et les particularités des différents procédés de preuve.

L'étendue de l'efficacité du testament disparu fera l'objet d'une troisième partie. En principe, le légataire n'a droit à l'exécution de ce testament que s'il a complètement prouvé son droit. Mais, à ce principe rigide, il a été apporté quelques atténuations : chacun de ces deux points sera traité dans un chapitre spécial.

PREMIÈRE PARTIE

DES CONDITIONS D'EFFICACITÉ DU TESTAMENT PERDU OU FRAUDULEUSEMENT DÉTRUIT

CHAPITRE PREMIER

EXISTENCE D'UN TESTAMENT ET DE LEGS

Section I. — Nécessité d'un testament.

Lorsque le demandeur réclame l'exécution du legs contenu dans un testament perdu ou détruit, il est clair que l'exécution ne sera possible que si l'acte disparu était réellement un testament. L'acte invoqué ne peut avoir d'efficacité après sa perte ou sa destruction qu'autant qu'il aurait été efficace s'il avait existé. Il devait donc y avoir des dispositions de dernière volonté écrites et valables.

§ 1. — *Existence d'un testament.*

27. — Que faut-il entendre par testament? En matière de perte ou de destruction, il faudra, bien entendu, se reporter aux principes généraux posés par la loi.

I. Ainsi, sans aucun doute, la perte ou la destruction doit porter sur l'original même du testament. L'original seul est revêtu des formes qui lui donnent sa valeur, formes qui font totalement défaut à une expédition ou à une copie. D'ailleurs la perte de l'expédition d'un testament n'empêche pas le légataire d'établir ses droits en représentant soit une nou-

velle expédition, soit même, le cas échéant, la minute ou l'original lui-même.

De ce principe on doit déduire que, si un testament olographe est rédigé en plusieurs exemplaires, le légataire ne peut se dispenser de la représentation de l'un de ces exemplaires qu'en établissant l'anéantissement de tous. Car la perte de l'un d'eux seulement ne l'empêche pas de représenter les autres (1). Mais, pour que cette règle s'applique, il est nécessaire que tous les originaux aient exactement la même valeur, qu'ils soient tous, et réellement, des testaments. Or, après la mort du testateur, un seul des doubles du testament olographe rédigé en plusieurs exemplaires est soumis aux formalités légales, et déposé au rang des minutes d'un notaire. Cet original déposé, pour lequel seul ont été accomplies les vérifications légales, devient alors seul le testament du *de cujus*. En quelque sorte, tout le pouvoir contenu dans les divers originaux, et réparti jusqu'alors entre eux, se concentre en lui ; à partir du dépôt, les autres originaux ne sont plus que des actes sans pouvoir, et par suite sans valeur. Leur disparition n'a plus aucune importance ; seule la disparition de l'original déposé sera qualifiée perte, ou destruction du testament ; elle rendra possible l'admission d'un mode de preuve autre que la production de ce testament, sans qu'il soit alors nécessaire que le légataire établisse la disparition des autres originaux (2).

28. — II. Un second point, qui ne soulève pas non plus de difficultés, est que l'original disparu devait valoir comme testament : cette exigence implique que l'acte invoqué par le demandeur ne devait pas avoir été révoqué. La révocation peut avoir lieu de plusieurs façons : il peut y avoir révocation expresse (par un testament postérieur ou par acte devant notaires : art. 1035 C. civ.) ou révocation tacite (par incompatibilité de deux testaments, ou vente de la chose léguée : art. 1036 et 1038 C. civ.). Dans tous ces cas, un acte a été dressé, duquel est résultée la révocation. Si donc

(1) Lyon, 14 déc. 1875, D. P. 76. 2. 199, S. 76. 2. 293.
(2) Civ., 12 déc. 1859, D. P. 60. 1. 334, S. 60. 1. 630.

il se trouve un de ces actes susceptibles de valoir révocation, il sera nécessaire d'établir que le testament perdu, et que l'on demande à reconstituer leur est postérieur. Il a été à bon droit jugé que la reconstitution d'un testament perdu n'était pas possible au cas où des testaments postérieurs lui enlevaient tout effet (1), ou même si l'on n'alléguait pas qu'il était postérieur à un testament existant, contenant un legs universel (2). Dans ces deux cas, en effet, le testament perdu n'avait plus, par suite de la révocation qui en avait été faite, aucune existence juridique.

29. — III. A cette règle (efficacité de l'original disparu) se rattache un problème délicat, nouveau, semble-t-il dans notre droit, posé par la doctrine dans les toutes dernières années du XIX^e^ siècle : celui de savoir à partir de quel moment l'écrit contenant les dernières volontés du testateur devient réellement un testament. L'est-il dès le jour de sa confection, ou seulement au moment de la mort du *de cujus*?

Vers la fin du siècle dernier, plusieurs décisions avaient admis que, si le testament était disparu fortuitement antérieurement au décès du testateur, le légataire n'en avait pas moins droit à l'exécution de ce testament (3), et d'éminents auteurs avaient approuvé cette solution (4).

Mais, quelques années plus tard, MM. Baudry-Lacantinerie et M. Colin en contestèrent les premiers le bien-fondé. Après avoir déclaré possible la reconstitution du testament perdu ou détruit, ces auteurs ajoutent aussitôt que cette solution « suppose nécessairement que la destruction du testament est postérieure au décès du testateur. C'est en effet, disent-ils, un principe incontestable que c'est seulement à ce

(1) Req., 29 juin 1903, S. 1904. 1. 114.

(2) Req., 10 janvier 1809, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 4285.

(3) Rouen, 29 décembre 1875, D. P. 77. 2. 1, S. 77. 2. 166; Toulouse, 17 janvier 1876 (motifs), D. P. 77. 2. 5, S. 76. 2. 141; Poitiers, 16 juillet 1879, D. P. 79. 2. 268, S. 80. 2. 147, et 23 mars 1881, D. P. 81. 2. 152, S. 82. 2. 23, et sur pourvoi : Req., 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 299, avec le rapport de M. le conseiller Barafort, S. 83. 1. 127; Poitiers, 18 mars 1885 (sous Req., 16 juillet 1885), D. P. 86. 1. 289; Lyon, 15 février 1888, D. J. G., S, v° *Dispositions entre vifs*, 620.

(4) Aubry et Rau, 4^e^ édit., t. 7, § 647, p. 10; 5^e^ édit., t. 10, § 647, p. 450.

moment que le testament produit ses effets légaux. Or, si, à cette époque, celui-ci n'existe plus, il devient impossible de le faire revivre pour produire des effets qui supposent nécessairement son existence » (1). Puis M. Wahl allait vigoureusement critiquer les théories jusqu'alors reçues pour établir que « le testament matériellement existant au moment du décès doit, et doit seul, servir à indiquer les volontés du défunt » (2), opinion qui allait être adoptée et soutenue par MM. A. Colin et Capitant (3) et M. Savatier (4).

Ainsi, d'après ces auteurs, le testament détruit avant le décès n'aurait aucune valeur, aucune efficacité, et le légataire ne pourrait pas s'en prévaloir.

Ce n'est pas dire, d'ailleurs, qu'il serait toujours frustré. S'il lui est impossible de réclamer l'exécution de son legs, il pourrait tout au moins, d'après MM. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, demander réparation du préjudice à lui causé, lorsque l'anéantissement du testament proviendrait d'un délit ou d'un quasi-délit. Les articles 1382 et 1383 C. civ. sont d'application générale, et grâce à eux il serait possible de compenser la perte subie par le légataire (perte égale au bénéfice qu'il aurait retiré du legs), par l'allocation de dommages et intérêts (5).

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donat. et test.*, n° 1869.

(2) Wahl, Effets de l'ordre par un testateur de détruire un testament olographe, *Rev. trim. de droit civil*, 1903, p. 261 et s. (notamm. p. 263 à 270).

(3) A. Colin et Capitant, *Cours élém. de dr. civ. franç.*, t. 3, n° 1206-*d*.

(4) Savatier, Revues de jurisprudence de la *Revue trim. de droit civil*, 1923, p. 813 ; 1926, p. 455 ; 1927, p. 240 ; 1928, p. 468.

(5) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *op. cit.*, n° 1870. Si le testament avait été détruit par l'héritier *ab intestat* (auquel il faut assimiler le légataire institué par un précédent testament), la réparation la plus exacte du préjudice causé consisterait à considérer le testament comme existant encore, et à l'exécuter comme s'il était représenté (Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *op. cit.*, n° 1871). Si la destruction était le fait d'un tiers, il ne pourrait plus être question de réparation en nature ; mais le légataire frustré aurait droit à des dommages-intérêts équivalents au legs qui lui avait été fait (Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *op. cit.*, n° 1872). C'est seulement au cas où le testament aurait péri par cas fortuit ou force majeure, c'est-à-dire sans qu'on puisse relever une faute ou une négligence permettant d'appliquer les articles 1382 et 1383 C. civ. que le légataire serait totalement frustré. En ce cas, on n'aperçoit pas de compensation possible : « nous ne voyons guère comment le

30. — Quelle que soit la portée des tempéraments proposés, qui, sans aucun doute, réduisent très sensiblement, en pratique, la rigueur de la position doctrinale, le véritable problème est de savoir si ce raisonnement est exact. Il y a en présence deux théories nettement opposées : l'une, doctrinale, qui dénie tout effet au testament détruit avant le décès du testateur, l'autre, jurisprudentielle, qui prétend au contraire lui conserver toute son efficacité.

On a bien tenté d'atténuer cette opposition. D'après MM. A. Colin et Capitant, « les décisions judiciaires que l'on invoque en sens contraire (c'est-à-dire contre leur opinion), si on les examine de près, s'expliquent souvent par ce fait que la destruction du testament aurait été ou serait présumée effectuée *après le décès* du testateur » (1).

Mais c'est tout à fait insuffisant. Sans doute on pourrait citer plusieurs décisions qui relèvent l'existence du testament « au moment du décès » (2), mais c'était là une constatation de fait que les juges pouvaient faire dans les espèces qui leur étaient soumises, et ce serait singulièrement en exagérer la portée que d'en conclure qu'ils auraient déclaré le testament inefficace s'il avait disparu avant le décès du testateur. Sans doute aussi l'antériorité de la disparition du testament par rapport au décès du testateur n'est qu'implicitement indiquée dans certaines décisions (3), mais elle l'est au contraire fort nettement dans d'autres (4). Enfin, et surtout, la Chambre civile et la Chambre des Requêtes se sont prononcées sur la difficulté par deux arrêts qui prennent par

légataire pourrait échapper aux conséquences de l'inexistence du testament au jour du décès du testateur » (Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *op. cit.*, n° 1873).

(1) A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1206-*d*.

(2) Bordeaux, 24 mai 1813, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2529 ; Req., 25 oct. 1897, D. P. 98. 1. 56, S. 98. 1. 128 ; Besançon, 12 juillet 1899, P. F. 1901. 2. 281 ; Trib. civ. Béziers, 23 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 103.

(3) Poitiers, 18 mars 1885 (sous Req., 16 juillet 1885), D. P. 86. 1. 289 ; Lyon, 15 février 1888, D. J. G., S, v° *Dispos. entre vifs*, 620.

(4) Rouen, 29 juin 1875 ; Toulouse, 17 janvier 1876 ; Poitiers, 16 juillet 1879 et 23 mars 1881, et sur pourvoi : Req., 12 juin 1882, précités ; Req., 16 déc. 1924, S. 1925. 1. 44.

endroits la forme de véritables arrêts de principe (1). Aussi est-il vain de tergiverser : il faut choisir.

31. — A. **Difficulté au point de vue théorique.** — Le testament, dit l'art. 895 C. civ., est un acte par lequel le testateur dispose « pour le temps où il n'existera plus » ; d'où l'on déduit qu'il ne peut produire d'effet qu'au moment du décès du testateur. Tel est le point de départ du raisonnement de MM. Baudry-Lacantinerie et M. Colin. Il est incontestable ; mais est-il suffisant ? Suffit-il de dire que le testament ne produisant d'effet qu'au moment du décès, il n'a aucune valeur si l'écrit n'existe pas à cette époque ? Non, car il faut encore justifier cette inefficacité, le Code civil ne réglant pas la question du testament disparu avant le décès du testateur. Or le testament peut disparaître non seulement par accident, ou par le fait d'un tiers, mais encore par le fait du testateur lui-même. Les théories admises pour ce dernier cas vont, à peu près nécessairement, influencer les solutions du problème de la perte ou de la destruction des testaments. Il est donc nécessaire de réunir les deux questions, ainsi que l'ont fait MM. Wahl et A. Colin et Capitant, de façon à rendre cohérentes les solutions dégagées.

32. — Si le testament est détruit par le testateur lui-même, il n'est pas douteux qu'il ne peut plus produire aucun effet. Bien que cette solution ne soit pas écrite dans le code, elle est unanimement admise, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Mais si l'accord est complet sur la conséquence, il n'en est pas de même sur l'explication qu'on en donne. Deux théories justifient différemment cette solution : l'une, toute moderne, dégagée par M. Wahl, par l'idée d'inexistence du testament, l'autre, la théorie classique, par la notion de révocation tacite. Or, selon que l'on adopte l'une ou l'autre de ces théories, les conséquences qui en découlent relativement à la question de la perte ou de la destruction du testament seront fort différentes.

(1) Civ. c., 20 mai 1812, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs,* 3348 ; Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416, p. 689.

33. — a) *Théorie classique.* — D'après de nombreux auteurs (1) et la jurisprudence (2), si le testament détruit par le testateur lui-même ne produit point d'effet, c'est parce qu'il est révoqué. Il ne s'agit pas, bien entendu, d'une révocation expresse, mais seulement d'une révocation tacite. Le testateur, en faisant son testament, a manifesté sa volonté ; s'il change d'avis, il lui suffit de déchirer son testament ; c'est comme s'il avait fait un testament contraire : c'est une révocation.

Mais, puisqu'il s'agit d'une révocation, il faudra, pour qu'elle soit valable, qu'elle réunisse au moins les conditions de fond imposées à toute révocation, ou plus généralement (la révocation n'étant qu'un testament inverse du premier), à toute libéralité. Il faudra notamment que la destruction soit l'œuvre du testateur lui-même, jouissant d'une volonté saine et libre, c'est-à-dire non viciée par erreur, violence ou dol. C'est ce que les auteurs expriment lorsqu'ils disent que la destruction doit être faite « sciemment et à dessein par le testateur lui-même » (3), ou doit être « l'œuvre volontaire du testateur lui-même » (4).

34. — De ces conditions, la théorie classique déduit *a contrario* qu'il n'y a point révocation si la lacération est faite par un autre que le testateur (5), ou même par le testateur lui-même alors qu'il ne jouit pas d'une volonté saine et libre (6). A cette règle, on apporte cependant une exception. Supposons, dit-on, que le testament ayant disparu en dehors de la volonté du testateur, celui-ci vienne à s'apercevoir de cette disparition, par exemple en recherchant son testament.

(1) Demolombe, *Tr. des donat. et testaments*, t. 5, n° 248 ; Laurent, t. 14, nos 238 et 239 ; Aubry et Rau, t. 11, § 725 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, nos 2729, 2782 ; Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, t. 3, n° 2843-3° ; Josserand, t. 3, n° 1655.

(2) Notamment : Civ., 20 mai 1812, précité ; Civ. c., 5 mai 1824, D. J. G., v° *Dispositions entre vifs*, 4291 ; Req., 21 janv. 1908, précité.

(3) Aubry et Rau, t. 11, § 725.

(4) Josserand, t. 3, n° 1655.

(5) Civ., 20 mai 1812 (motifs), précité. Auteurs cités *suprà*.

(6) Toulouse, 17 janvier 1876 (motifs), précité. Comp. : 20, Dig., *De injusto, rupto, ...*, XXVIII, 3, Scaevola.

Deux hypothèses peuvent alors se présenter : le testateur peut refaire son testament : alors il n'y a plus de difficultés, le nouveau texte remplaçant le texte perdu. Ou bien, — et c'est l'hypothèse intéressante, — le testateur ne fait rien, et laisse les choses en état. Qu'est-ce à dire sinon qu'il approuve la destruction de son testament, qu'il la ratifie, qu'il se l'approprie ? Tout doit alors se passer comme si lui-même l'avait détruit, et le silence, l'inaction du testateur doivent être considérés comme valant révocation tacite (1).

35. — Lorsque le testament est disparu en dehors de la volonté du testateur, et sans que celui-ci ait ultérieurement approuvé cette disparition, il n'y a pas révocation. Or, si le testament n'est pas considéré comme révoqué, c'est qu'il existe encore (en prenant le mot « exister » dans un sens très large, dans le sens juridique, et non dans le sens matériel). Dès lors, il devra être exécuté au moment du décès du testateur, et cela malgré sa disparition.

Telle est la conséquence logique de la théorie qui voit une révocation tacite dans le fait par le testateur de détruire lui-même son testament (2).

(1) A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1134 ; comp. Aubry et Rau, 5e édit., t. 10, § 647, p. 450 et 451 ; Req., 21 janv. 1908 (motifs), précité. Bien entendu, il est nécessaire que le testateur, au moment où il a connaissance de la disparition de son testament jouisse d'une volonté saine et non viciée par erreur, violence ou dol. Il va de soi que si le testateur était fou au moment où on lui apprend cette disparition, il n'aurait pas pu l'approuver valablement ; il en est ainsi notamment lorsque le testateur est dans un état physique et intellectuel tel que toute œuvre testamentaire lui est impossible : Req., 16 déc. 1924, S. 1925. 1. 44.

(2) Aussi MM. Baudry-Lacantinerie et M. Colin paraissent se mettre en contradiction avec eux-mêmes, lorsque, après avoir déclaré que le testament ne peut plus produire d'effet s'il n'existe pas au moment du décès du testateur, ils déclarent, au n° 2793 : « Il va de soi que la destruction, la lacération ou la cancellation d'un testament n'en entraînerait pas la révocation si elle émanait d'un tiers. — Les intéressés seraient alors admis à prouver par tous les moyens possibles l'existence du testament, sa régularité, et son contenu, et pourraient, cette preuve une fois faite, en obtenir l'exécution »... Comme la destruction visée dans ce passage ne peut être qu'antérieure au décès du testateur (sans quoi, il serait évidemment inutile de préciser qu'elle ne vaut pas révocation), on ne voit pas comment concilier ce passage avec les théories émises par ces auteurs relativement à la perte des testaments.

36. — b) *Théorie doctrinale moderne.* — Bien qu'elle ait été enseignée depuis fort longtemps, et par des auteurs éminents, ce qui, semble-t-il, devait la mettre à l'abri des critiques, la théorie classique a cependant été combattue par MM. Wahl et A. Colin et Capitant (1).

Pourquoi, disent ces auteurs, le testament détruit par le *de cujus* ne produit-il pas d'effet? Ce ne peut pas être parce que cette destruction est une révocation du testament. Comment y aurait-il révocation tacite? « En réalité, la loi indique limitativement deux hypothèses de révocation tacite » (celles des art. 1036 et 1038). Mais il n'est point question dans le code de la destruction du testament, et l'on ne saurait étendre les cas prévus, car « ils sont étroitement déterminés et limités par la loi » (2). « La vérité, continuent-ils, c'est que... le legs ne produit pas d'effet à raison de l'inexistence d'un testament régulier et complet le contenant ». Ainsi donc, d'après ces auteurs, il suffit de l'inexistence du testament lors du décès pour qu'il devienne inefficace. Il faut se placer au point de vue objectif, matériel; il suffira, pour trancher la question, de se demander si le testament existait ou non au moment du décès. Peu importe l'élément subjectif — la volonté du testateur — que la théorie classique de la révocation tacite associait au fait matériel de la destruction. « Il n'y a pas lieu de rechercher... si la destruction du testament ou de la disposition a été volontaire de la part du testateur » (3). Déduction parfaitement logique : le testament existe ou n'existe pas : il n'y a pas de milieu; l'inexistence est une notion absolue, et l'absolu ne saurait comporter ni distinction ni restriction.

37. — Dès que le testament serait détruit antérieurement au décès du *de cujus*, il serait donc inefficace, de quelque cause que provienne l'anéantissement. Il n'y aurait à faire aucune recherche d'intention, de volonté, mais seulement à apprécier un fait matériel : le testament existe-t-il ou non

(1) Wahl, *Revue trim. de dr. civil, loc. cit.*; A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1206.
(2) A. Colin et Capitant, *op. et loc. cit.*
(3) A. Colin et Capitant, *op. et loc. cit.*

au moment du décès ? S'il n'existe pas, et même si l'anéantissement provient d'une cause fortuite ou du fait d'un tiers le testament ne pourrait avoir aucun effet (1).

(1) M. Wahl (*Revue trim. de dr. civ.*, 1903, p. 261 et s.) avait essayé d'établir que la thèse qu'il présentait était celle de la Cour de cassation (comp. dans le même sens : A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1206). Il tirait argument de ce que la Chambre des Requêtes, dans des cas de suppression du testament avait employé les mots « lacération », « anéantissement », et non pas celui de « révocation » (Req., 12 janvier 1833, D. P. 33. 1. 80 ; Req., 23 janvier 1888, D. P. 88. 1. 149) ce qui prouvait, selon lui, que la Cour suprême distinguait nettement la lacération de la révocation. De plus, disait-il, lorsqu'elle a eu à se prononcer sur l'efficacité du testament détruit avant le décès du testateur, la Cour de cassation n'a accordé au légataire qu'une réparation indirecte en vertu de l'art. 1382 C. civ. (Req , 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 299, avec le rapport de M. le conseiller Barafort, S. 83. 1. 127).

Sur le premier point, il suffit de faire remarquer combien est dangereuse l'interprétation purement exégétique des arrêts de la Cour suprême : des exemples célèbres, dont certains récents, l'ont surabondamment prouvé. La pensée de la Cour de cassation doit être dégagée moins des termes employés par elle que des conséquences formellement consacrées par ses arrêts. Or, dans le cas présent, l'arrêt Req., 23 janvier 1888 décide « que toute lacération faite par le testateur de son testament n'implique pas nécessairement par elle-même l'intention de l'anéantir ; que cette intention doit résulter tant de la nature de la lacération que des circonstances établissant clairement la volonté de détruire en son entier l'acte dont il s'agit », alors que la théorie de l'inexistence est obligée d'aboutir à la conclusion contraire, et de déclarer qu'il n'est pas nécessaire que la destruction ait été volontaire de la part du testateur. De plus l'arrêt Civ., 5 mai 1824, précité, avait expressément rangé la suppression du testament par le testateur parmi les cas de révocation. — Quant à l'interprétation donnée par M. Wahl de l'arrêt Req., 12 juin 1882, elle semble tendancieuse : l'arrêt se sert de l'art. 1382 uniquement comme fin de non-recevoir au moyen soulevé par l'héritier, mais il ordonne bien l'exécution du testament (v. le rapport précité du conseiller Barafort, et l'arrêt attaqué, Poitiers, 23 mars 1881). Ce qu'il faut dire, c'est que la question n'avait pas été franchement abordée par cet arrêt. L'art. 1382 ne pouvant être opposé qu'à l'héritier coupable de la destruction, que fallait-il décider si la destruction était le fait d'un autre que le défendeur, ou s'il y avait eu perte par cas fortuit ? C'est ce que relève le pourvoi rejeté par Req., 21 janvier 1908, précité, le testament, dans cette espèce, ayant été perdu par négligence. Ce n'est qu'après cet arrêt que la jurisprudence fut certaine. De toutes façons, MM. Wahl et A. Colin et Capitant ne peuvent guère faire cadrer avec leur théorie les trois arrêts de la Cour de cassation : Civ., 20 mai 1812 ; Req., 21 janvier 1908, et Req., 16 déc. 1924, précités. D'ailleurs, M. Savatier, tout en le regrettant, reconnaît que la jurisprudence ne partage nullement son opinion (*Rev. trim. dr. civ.*, 1927, p. 240 ; 1928, p. 468).

38. — c) *Appréciation.* — De ces deux théories, laquelle convient-il d'adopter ?

Le premier point à noter est que la théorie de l'inexistence conduit à des résultats choquants en équité, en ce sens que, si le testament a été perdu ou détruit, ne fût-ce qu'une seconde avant le décès du testateur, il serait interdit de l'exécuter, bien qu'il soit possible que la volonté du testateur soit connue avec certitude (1). Certes, l'on propose des atténuations (*suprà*, n° 29), mais ce ne sont que des atténuations. Si l'on admet que le légataire pourrait bien recevoir son legs en nature au cas où le testament a été détruit par celui qui devait bénéficier de la suppression, il n'en est ainsi que dans ce cas. Si le fautif est un tiers, le légataire ne bénéficierait plus que de dommages et intérêts pécuniaires ; et il n'aurait plus droit à rien s'il y avait eu perte par cas fortuit ou force majeure. Il est choquant, lorsqu'on connaît la volonté du testateur, d'aboutir à un pareil résultat, alors que la succession bénéficiera à l'héritier, héritier que le testateur pouvait avoir de bonnes raisons d'exhéréder.

La théorie de l'inexistence est d'une application claire et simple, mais peut-être vraiment trop simple : elle fonctionne en aveugle.

Une pareille méthode n'est justifiée que si elle repose sur la loi elle-même. Or, la théorie de l'inexistence est fondée sur les deux propositions suivantes : 1° les modes de révocation sont strictement limités par la loi ; et 2° un legs ne peut produire d'effet que s'il est contenu au décès du testateur, dans un testament régulier et complet.

39. — 1° Est-il exact que les modes de révocation soient limitativement déterminés par le Code civil ? Tel est le premier point à élucider, car, si l'on aboutit, comme la doctrine moderne, à une réponse affirmative, l'inefficacité d'un tes-

(1) Ainsi, dans l'espèce jugée par Nancy, 2 juin 1899, D. P. 99. 2. 263, S. 1900. 2. 94 le testateur étant mort dans le même accident qui avait altéré le testament, il aurait fallu, d'après la théorie doctrinale, refuser d'exécuter ce testament (car on ne savait pas si l'altération n'était pas antérieure au décès du testateur), et cela seulement parce que six lettres de la date avaient disparu.

tament détruit par le testateur lui-même ne pourra s'expliquer que par l'inexistence du testament. La réponse à la question posée n'est pas douteuse pour les modes de révocation expresse : la rédaction de l'art. 1035 C. civ. est nette ; aussi bien cette question n'est pas en cause et n'a jamais été discutée.

Seulement, doit-on adopter la même solution pour les modes de révocation tacite ? Pour MM. A. Colin et Capitant, cela est certain, « car la loi indique limitativement deux hypothèses de révocation tacite » (1). Mais il y a là une simple affirmation — et comme elle se heurte à l'affirmation contraire de nombreux autres auteurs, il est permis de la discuter. Or, on ne justifie pas que les modes de révocation tacite soient limitativement déterminés. Le code n'en parle point. Il faut même remarquer qu'après avoir employé, dans l'art. 1035, une formule restrictive, le législateur de 1804 a donné dans l'art. 1038 un nouveau mode de révocation (l'aliénation de la chose léguée), qui n'est ni prévu, ni indiqué par l'art. 1035. N'est-ce pas montrer clairement que ce mode de révocation est totalement indépendant de ceux prévus par l'art. 1035, qu'il relève d'un ordre d'idées tout à fait différent, et que, par suite, il ne saurait être soumis, à aucun titre, aux limitations imposées par l'art. 1035 ?

40. — Cette déduction ne saurait faire de doute quand on lit les travaux préparatoires du Code. Les articles relatifs à la révocation des testaments ont été adoptés sans grandes discussions, comme choses allant de soi. « Quant aux legs particuliers, dit Bigot-Préameneu, on s'est conformé aux règles de droit commun, et on a cherché à prévenir les difficultés indiquées par l'expérience : il suffit de lire ces dispositions pour en connaître les motifs. — Il en est ainsi et de celles qui concernent les exécuteurs testamentaires, *et de la révocation des testaments* ou de leur caducité » (2). Réfé-

(1) A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1203.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs* au Tribunat, séance du 2 floréal an XI, Fenet, t. 12, p. 560 ; D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, p. 37, n°s 79 et 80.

rences aux règles de droit commun, voilà comment, d'après un auteur du Code, doit s'entendre la matière de la révocation des testaments. Or, dans notre ancien droit, la lacération du testament par le testateur était un mode de révocation (1) ; il fallait, tout au moins, pour qu'il y eût révocation, que le testament eût été déchiré « par le testateur, ou de son ordre ». Si donc la destruction du testament n'a pas été prévue par le Code au nombre des modes de révocation, c'est simplement parce que, suivant les termes de Bigot-Préameneu : « l'expérience n'y avait point indiqué de difficultés » ; cette solution, fondée sur la loi *Nostram* de Justinien (2), n'avait en effet jamais été discutée dans notre ancien droit.

Les déclarations du tribun Jaubert, dans son rapport au Tribunat, séance du 9 floréal an XI, sont encore plus précises : après avoir parlé des deux premiers modes de révocation des testaments (nouveau testament, et acte devant notaires), il passe au troisième : « Le testament peut être révoqué... 3° Par la volonté tacite du testateur ». Et il ajoute immédiatement : « La loi propose un cas important » (celui de l'art. 1038) (3). N'est-ce pas clairement montrer que l'art. 1038 n'est qu'un exemple, une application de ce principe que le testament peut être révoqué par la *volonté tacite* du testateur, exemple prévu simplement parce qu'il s'agit d'un « cas important » (et d'ailleurs discuté) ? N'est-ce pas montrer que la volonté tacite du testateur suffit seule à révoquer le testament, même si elle n'est pas constatée dans un acte, à condition qu'elle soit dûment établie (4) et que les moyens par lesquels elle se manifeste soient compatibles avec les précautions prises par la loi en matière de testament (5). Et

(1) Furgole, *Tr. des testaments,* ch. 11, nos 78 et 79 ; Merlin, *Rép. de jurisprud.*, vo *Révocat. de testam.*, § 4, no 1 ; comp. conclus. de l'avocat général Briçonnet, sous Grand Conseil, 9 déc. 1692, *Journ. du Palais*, t. 12, p. 4 et 5.

(2) 30, Cod., *De testamentis*, VI, 23.

(3) Locré, t. 11, p. 474 ; Fenet, t. 12, p. 611 ; D. J. G., vo *Disp. entre vifs*, p. 43, no 178.

(4) Car cette volonté ne peut pas être accueillie à la légère. Voy. notamment : Demolombe, *Tr. des donat.*, t. 5, no 243 ; Josserand, t. 3, no 1645.

(5) Voy. ce sujet : *infrà*, no 44.

que, par suite, la destruction de l'acte devra être regardée comme un mode de révocation, bien qu'elle ne soit pas expressément inscrite dans la loi ?

41. — Cet appel aux travaux préparatoires, aux intentions des rédacteurs du Code, n'a pas manqué d'être fort critiqué par les partisans de la théorie doctrinale moderne. « C'est un procédé incorrect, a-t-on écrit, que de rechercher ces intentions dans une matière aussi rigoureusement étroite que celle des testaments, et de les invoquer pour ajouter un cas de révocation nouveau au petit nombre de cas prévus par le Code » (1). Mais cette critique ne serait exacte que s'il était prouvé qu'on ne peut, dans la matière des testaments, *rien* ajouter au texte précis de la loi. Or il n'en est certainement pas ainsi, et dans certains cas on a bien été obligé de mettre de côté la règle d'interprétation restrictive ordinairement suivie. Ainsi, par exemple, bien que l'art. 909 C. civ. mentionne des exceptions que son caractère même devrait faire considérer comme limitatives, on y ajoute la femme des médecins, pharmaciens ou ministres du culte : car, disent MM. A. Colin et Capitant, « ce ne peut être qu'un oubli » (2). Le motif vaut d'être retenu, car il montre bien qu'il est impossible de se confiner dans les limites étroites des textes. Or, s'il est permis d'ajouter à la loi en un endroit, on ne voit guère en vertu de quoi ces mêmes auteurs et leur école viennent interdire ce procédé en matière de révocation de testament. Pourquoi ce qui est licite à propos de l'art. 909 serait-il « incorrect » à propos de l'art. 1038 ?

Il est trop évident qu'une loi, et *a fortiori* un code ne peuvent pas contenir la solution de toutes les difficultés susceptibles de se présenter. La coutume antérieure subsiste sur tous les points non prévus dès lors que la loi n'a pas eu pour objet de la modifier. Tel est bien ici le cas, puisque, suivant Bigot-Préameneu, on s'est, en matière de révocation de testament, « conformé aux règles de droit commun ».

(1) Wahl, *Revue trim. de dr. civ.*, 1903, p. 265.
(2) A. Colin et Capitant, t. 3, n° 904.

Or le droit commun était que la destruction du testament valait révocation si elle était faite par le testateur, ou de son ordre. Aussi il semble que ce serait méconnaître les intentions des rédacteurs du code que de vouloir faire sortir des textes une règle limitative par une interprétation purement exégétique.

42. — 2° Reste le second point qui est de savoir si un legs ne peut avoir d'effet que s'il est contenu, lors du décès du testateur dans un testament régulier et complet. Pour la théorie classique, cette question ne s'est jamais posée. On a toujours considéré qu'un testament valable devait être exécuté, dès lors qu'il n'était pas révoqué, quels qu'aient été les accidents qui lui soient survenus. Autrement dit, l'efficacité d'un testament valable était liée à l'absence de révocation, et non à l'existence matérielle de l'écrit. C'est cette liaison que la doctrine moderne prétend détruire en affirmant que, pour qu'un testament puisse être exécuté, il n'est pas suffisant qu'il ne soit pas révoqué ; il faut encore qu'il soit régulier et complet lors du décès du testateur.

On peut invoquer, en faveur de cette thèse, une décision analogue de l'ancien droit en ce qui concerne le testament nuncupatif. Lorsque ce testament pouvait être fait sans écrit il était reconnu qu'il devait être prouvé par le même nombre de témoins qui étaient nécessaires pour sa confection (1). Si l'un des témoins était mort avant de déposer, le testament était déclaré inexistant ; on ne pouvait cependant pas parler de révocation. « Le nombre des témoins, disait Furgole, est nécessaire pour la substance du testament, et n'est pas moins requis pour la preuve que pour la formalité ». La loi exige aujourd'hui un écrit pour la « substance » même du testament. Par suite ne doit-on pas dire que, pour qu'un testament valable soit exécuté, il faut non seulement qu'il ne soit pas révoqué, mais encore que l'écrit existe au moment de la mort du *de cujus* ?

43. — Il y a lieu de remarquer tout d'abord que cette solution n'a jamais été admise en France, dans notre ancien

(1) Furgole, *Tr. des testaments*, ch. 2, sect. 5, n° 5 et suiv.

droit. Il semble bien qu'on ait toujours décidé qu'un testament écrit était toujours efficace, encore qu'il ait été déchiré ou altéré, pourvu que cette altération n'eût pas été faite par le testateur ou par son ordre, c'est-à-dire pourvu qu'elle n'ait pas valu révocation (1). Cette interprétation était fondée sur de nombreux textes du droit romain (2) qui n'avaient jamais été mis en doute. La théorie moderne se heurte donc chez nous à une tradition constante.

Il y a plus : les législations de divers pays (v. *suprà*, n° 18) admettent la preuve du testament disparu. Or ces législations, qui ont expressément tranché la difficulté, voient dans la suppression du testament par le testateur un mode de révocation : l'inefficacité d'un testament n'y est due qu'au fait qu'il a été révoqué, et non pas au fait que l'écrit n'existe plus lors du décès du testateur (3). Pourtant ces pays soumettent les testaments à des formalités tout à fait analogues aux nôtres. Leurs législateurs ont-ils donc erré ? Faudrait-il donc dire que, depuis Ulpien jusqu'à nos jours, et de l'Allemagne au Brésil, les juristes n'aient pas été capables de déduire les véritables conséquences du formalisme, de l'exigence de l'écrit imposée par leur loi ?

44. — Cette conséquence peut paraître à bon droit étonnante. De plus, la théorie d'après laquelle tout testament

(1) Furgole, *op. cit.*, ch. 11, nos 78 et 79 ; Merlin, *op. et loc. cit.* Ricard, *Tr. des donat.*, 3e partie, ch. 1, n° 10, pose bien le principe contraire en déclarant que la preuve d'un testament perdu n'est possible que si la disparition a eu lieu après le décès du testateur, mais il fonde cette décision sur ce fait qu'il faut être certain que ce n'est pas le testateur qui a supprimé le testament ; aussi il admet une exception qui ruine le principe : le testament reste efficace si le testateur n'a pas pu se plaindre de la destruction.

(2) Textes d'Ulpien et de Justinien, cités *suprà*, n° 10.

(3) Notamment : Code civil allemand, art. 2255 ; Code civil suisse, art. 510 ; Code civil du Brésil, art. 1749. Sur cette solution de l'art. 2255 du Code civil allemand, v. Saleilles, *Revue trimestr. de droit civil*, 1903, p. 594 et 595, en note. La jurisprudence belge reconnaît elle aussi l'efficacité du testament disparu avant le décès du testateur (v. motifs de Liége, 17 février 1926, D. H. 1926, 185, *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 573). Cet arrêt dit bien que le testament doit avoir existé dans un temps très rapproché de la mort du testateur, mais quelles limites fixer ? Cette restriction, qui ne signifie rien, n'a jamais été indiquée par les tribunaux français.

valable et non révoqué doit être exécuté (théorie que la tradition a fait adopter par notre doctrine classique et notre jurisprudence) n'est nullement, comme essaie de le prétendre la doctrine moderne, « une réaction prétorienne contre le formalisme légal » (1). Que la théorie de MM. Wahl, A. Colin et Savatier soit fondée sur le formalisme de la loi, soit ; mais qu'elle soit la seule thèse susceptible de cadrer avec ce formalisme, cela n'est plus vrai. La théorie traditionnelle est, elle aussi, en accord avec le formalisme légal.

Pour les auteurs modernes, le testament doit être régulier lors du décès du testateur : ils sont alors obligés d'admettre que toute altération du testament rend celui-ci inefficace : il suffirait donc que le testateur ait altéré si peu que ce soit son testament, ou un de ses éléments essentiels, pour qu'il ne puisse plus être exécuté. Or, à quoi aboutit ce système, sinon à dire que la dévolution des objets légués dans le testament se trouvera modifiée par une simple rature ou une simple déchirure, sans que le testateur l'ait peut-être voulu, et surtout *sans qu'aucune formalité ait été observée* ? En ne s'attachant qu'aux formalités de la libéralité testamentaire directe, la doctrine moderne est obligée d'admettre que la disposition nouvelle qui résulte de l'inefficacité du testament est dispensée de toutes les conditions de fond ou de forme ordinairement imposées aux libéralités.

C'est justement ce résultat que notre jurisprudence a refusé de consacrer. Pour elle, toute atteinte portée par le testateur à son testament ne peut avoir pour effet de modifier la disposition faite dans celui-ci que si elle remplit les conditions de fond et de forme, ou tout au moins de certitude, imposées à toute libéralité. Car la modification d'une disposition est encore une disposition, et comme telle doit se trouver soumise aux règles du droit commun. Dès lors, non seulement cette atteinte doit être l'œuvre consciente (2) du testateur jouissant d'une volonté libre et saine (3), mais encore la modification « doit être constatée d'une manière

(1) Savatier, *Revue trimestr. de dr. civ.*, 1928, p. 470.

(2) Elle serait sans valeur si elle n'avait été faite que par mégarde : Caen, 10 nov. 1927, S. 28. 2. 69.

(3) Toulouse, 17 janvier 1876, D. P. 77. 2. 5, S. 76. 2. 141.

aussi expresse que la révocation dont parlent les articles 1035 et 1036 » (1). Hors de là, aucune altération ne pourrait valoir révocation de la disposition testamentaire. De simples présomptions seraient insuffisantes (2) ; il en serait de même des modifications apportées au testament par un tiers (3), par accident fortuit (4) ou même par le testateur si elles ne remplissaient pas les conditions de forme imposées par leur nature (5). C'est dans ces dernières catégories d'altérations que rentrent les cas de perte et de destruction du testament. On voit par là que ce n'est pas une réaction contre le formalisme qui a guidé la jurisprudence française, mais au contraire une certaine conception de ce formalisme, beaucoup plus compréhensive que la conception étroite de la doctrine moderne. Cette conception de notre jurisprudence et des législations étrangères est une conséquence directe de cette règle du très ancien droit romain (qu'on ne peut cependant pas accuser de manquer de respect pour le for-

(1) Civ. c., 5 mai 1824, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 4291. Cela est d'ailleurs conforme à la lettre de l'art. 895 C. civ. qui déclare : « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, etc., ... *et qu'il peut révoquer* », d'où il suit que le testament est toujours valable s'il n'a pas été *révoqué*.

(2) Civ. c., 20 mai 1812, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 3348 ; Civ., 5 mai 1824, précité.

(3) Req., 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 299, S. 83. 1. 127.

(4) Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416 ; Req., 16 déc. 1924, S. 1925. 1. 44. Dans ce cas, comme dans le précédent, la destruction vaudrait révocation si elle avait été connue, ou plus exactement approuvée par le testateur (Civ., 20 mai 1812, Req., 21 janvier 1908, précités). La doctrine allemande est en sens inverse : elle estime que la connaissance par le testateur de la destruction réalisée par un tiers n'est qu'une révocation verbale, et comme telle sans valeur (V. Saleilles, *Rev. trimestr. de droit civil*, 1903, note, p. 596). La solution française paraît préférable.

(5) Ainsi Req., 4 déc. 1922, S. 1923. 1. 97, exige que les ratures postérieures à la confection d'un testament soient datées, faute de quoi les dispositions raturées conservent leur validité. Les ratures sont en effet assimilables à un acte ; elles doivent être soumises aux mêmes formes. Mais la destruction matérielle étant exclusive de l'idée d'acte, elle ne peut être soumise à aucune condition de forme, mais seulement aux conditions de fond imposées aux révocations. C'est pourquoi, malgré l'opinion contraire de M. Savatier (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1929, p. 180) il semble bien qu'il n'y ait pas contradiction dans la jurisprudence.

malisme) qu'un testament ne pouvait être anéanti que par un autre testament. A une époque reculée, en effet, un acte ne pouvait être modifié ou annulé que par un acte contraire, fait avec les formalités inverses ; c'est ce qu'on appelle le principe du *contrarius actus*, attesté encore au Digeste, par de nombreux textes des jurisconsultes classiques. Or, cette décision d'Ulpien que le testament n'est inefficace que s'il a été déchiré *consulto*, n'en est-elle pas beaucoup plus près que la décision de Paul, qui fait dépendre l'inefficacité d'une altération quelconque (1) ? De même la conception de notre jurisprudence, calquée à travers notre ancien droit sur les décisions d'Ulpien et de Justinien, se trouve plus respectueuse du formalisme que la conception doctrinale moderne : aussi ne doit-on pas hésiter à l'adopter.

45. — A l'appui de cette opinion, on peut aussi faire valoir les conséquences auxquelles conduirait la théorie de la doctrine. Si l'on admet que l'inefficacité du legs provient uniquement de l'inexistence d'un testament régulier et complet lors du décès du testateur, il faut bien admettre que cette inefficacité a lieu quelle que soit la cause de cette inexistence (2). Il faut bien admettre en particulier, qu'elle a lieu si la destruction du testament provient du fait d'un tiers. Or c'est là un résultat inacceptable. Tant que le testateur vit, en effet, le testament lui appartient, et il appartient à lui seul. Le testateur a des droits sur son testament : droit de le modifier quand et comme il le voudra, mais aussi droit de le maintenir, de le conserver intact jusqu'à sa mort pour qu'il produise après lui tous les effets qu'il veut lui faire produire. Or un tiers ne peut pas, par un acte dolosif, porter atteinte à ce droit, car les droits de chaque citoyen doivent être mis par la loi à l'abri des empiétements fraudu-

(1) La meilleure preuve est que l'on a longtemps soutenu, et que certains auteurs soutiennent encore, que les textes précités d'Ulpien s'appliquaient au testament civil. C'est donc qu'il n'y a pas de désaccord net entre les décisions d'Ulpien et le principe du *contrarius actus*, tel qu'il se présentait en droit romain classique.

(2) Comp. A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1206-*d* : « Du moment que la disposition n'existe pas au moment du décès, il n'y a point de legs ».

leux ou violents des tiers (1). Sous peine de faire primer le droit par la force, il n'est pas possible de faire produire à un fait qui, d'après notre Code pénal, est, soit un délit, soit un crime, les effets civils recherchés par son auteur. Les droits du testateur sur son testament dérivant de la loi ne peuvent pas lui être enlevés par l'acte illégal d'un étranger : autant admettre que la maxime « en fait de meubles, possession vaut titre » pourrait être victorieusement invoquée par un voleur (2) !

Mais, il y a plus : si l'on reconnaissait que le testament détruit par un tiers avant le décès du testateur est inexistant, et par suite inefficace, on ne voit plus comment le fait du tiers pourrait être puni. L'art. 439 C. pénal exige en effet que la destruction porte sur un acte « contenant ou opérant obligation, disposition, ou décharge ». Or si l'on déclare qu'un testament détruit avant le décès du testateur est inefficace, c'est que ce testament n'était qu'un simple « projet » ; puisqu'il n'est pas possible d'exécuter les legs qu'il contenait, c'est qu'il n'opérait pas disposition. La destruction aurait donc porté sur un papier sans valeur, et, les conditions exigées par l'art. 439 C. pénal n'étant pas réunies, il ne serait pas possible de poursuivre le coupable (3). Si celui-ci était un héritier, il pourrait donc recueillir la succession au

(1) Cette considération a été expressément invoquée par le rapporteur de l'arrêt Civ., 20 mai 1812 (v. D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 3348).

(2) Cette méconnaissance du droit du testateur sur son testament est un des aspects les plus extraordinaires de la théorie de la doctrine moderne. On peut toutefois remarquer que MM. A. Colin et Capitant lorsqu'ils étudient (t. 3, n° 1134) les différents cas de disparition d'un testament parlent bien de la destruction par le testateur, et de la destruction par force majeure ou par un tiers à la connaissance du testateur. Mais ils ne traitent pas expressément le cas de la destruction causée par un tiers et restée inconnue du testateur. Ce cas eût pourtant été intéressant à noter, puisque c'est pour lui, et non pour ceux qu'ils étudient, que la théorie soutenue par ces auteurs se sépare, dans ses résultats, de la théorie classique. On peut donc se demander si ce silence ne provient pas de l'hésitation de ces auteurs à admettre un résultat en désaccord aussi net avec la notion de droit.

(3) Comp. : pour la destruction d'une donation sous seing privé : Trib. Oudenarde, 28 nov. 1874, *Pas. belge*, 75. 3. 41. La jurisprudence française décide que l'acte détruit ne doit pas être nul : Crim., 28 nov. 1861, D. P. 65. 5. 372 ; 6 juin 1901, D. P. 1903. 1. 198 ; 18 mars 1909, D. P. 1911. 5. 58.

détriment des légataires institués par le *de cujus*, sans être passible d'autre chose que de dommages et intérêts : est-il possible d'admettre une pareille impunité ?

Pour tous ces motifs, il semble bien que l'on doive approuver la jurisprudence lorsqu'elle déclare efficaces des testaments disparus avant le décès du testateur. Admettre la solution contraire serait abandonner les dernières volontés des citoyens aux rancunes des héritiers ou des tiers : le testateur ne pourrait jamais être sûr que son testament serait exécuté (1).

46. — B. **Difficulté au point de vue pratique.** — Mais le testament disparu avant le décès est considéré comme révoqué si la suppression provient du fait du testateur, ou a été approuvée par lui (*suprà*, n° 33). Il subsiste alors une difficulté pratique. Lorsque la disparition est antérieure au décès du *de cujus*, comment sera-t-on certain que cette disparition ne vaut pas révocation du testament? De quoi dépendra cette certitude? La question ne paraît pas avoir été clairement aperçue par les tribunaux, et l'on rencontre deux courants dans les décisions : d'après l'un, il serait nécessaire que le testateur ait eu jusqu'à sa mort l'intention de maintenir le testament (2) ; d'après l'autre, il suffirait que le testateur ait ignoré la disparition survenue de son vivant (3).

(1) On pourrait aussi remarquer que l'art. 9 de la loi du 15 décembre 1923 qui organise la reconstitution des actes authentiques ou sous seing privé perdus par suite de la guerre s'applique certainement aux testaments. Or, il n'y est point fait de distinction suivant que le testateur est décédé avant ou après la disparition de son testament. Par suite, dans ce dernier cas, la reconstitution a pu être faite, et le testament exécuté. En gardant le silence sur ce point, le législateur n'a-t-il pas implicitement adopté la thèse de la jurisprudence ?

(2) Poitiers, 16 juillet 1879, D. P. 79. 2. 268, S. 80. 2. 147 ; 23 mars 1881, D. P. 81. 2. 152, S. 82. 2. 23 ; 18 mars 1885 (sous Req., 16 juillet 1885), D. P. 86. 1. 289.

(3) Rouen, 18 juin 1877, D. P. 77. 2. 181, S. 77. 2. 318 ; Req., 12 juin 1882 (motifs), D. P. 82. 1. 299, S. 83. 1. 27 ; Lyon, 15 février 1888, D. J. G., S, v° *Disposit. entre vifs*, 620 ; Req., 21 janv. 1908 (motifs), *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416.

47. — Il y a, entre les deux systèmes, une différence assez nette. L'ignorance de la destruction par le testateur n'est, si l'on peut ainsi s'exprimer, qu'un fait négatif. Il suffira, le plus souvent, qu'il ne recherche pas son testament pour qu'il croie que celui-ci existe toujours. Le rôle du testateur est alors purement passif. Au contraire, pour que l'on puisse dire que le testateur a eu jusqu'à sa mort l'intention de maintenir le testament, il faut qu'il ait manifesté la persistance de sa volonté, soit par des déclarations, soit par des actes ne laissant aucun doute sur cette intention. Le testateur doit donc avoir eu un rôle actif. Sans doute, ce sont ces déclarations, cette attitude active du testateur que l'on connaîtra seulement le plus souvent, ou, en tout cas, que l'on connaîtra avec le plus de certitude. Mais il n'en reste pas moins vrai qu'imposer la persistance de la volonté du testateur, c'est demander plus que la simple ignorance de la destruction du testament. Il n'y a donc pas identité entre les deux systèmes : d'où nécessité de choisir entre eux.

48. — La solution ne fait point de doute. Il suffit que le testateur n'ait pas connu, ou plus exactement, n'ait pas approuvé la disparition de son testament, pour que cette disparition ne vaille pas révocation, puisque toute révocation doit être voulue par le testateur (*suprà*, n° 44). Or seule une révocation peut porter atteinte au testament. Dès lors, si le testateur n'a pas connu et approuvé la disparition de son testament, celui-ci devra être réputé existant, et exécuté comme tel (1).

Exiger la persistance de la volonté du testateur, serait en effet faire fausse route. Ce ne serait pas démontrer l'existence du testament, ce serait faire la preuve d'une volonté testamentaire. Mais il ne peut certainement pas en être fait état si elle ne s'est pas manifestée dans les formes légales. Si le testateur avait déclaré verbalement avoir changé de volonté, ce changement ne pourrait pas être pris en considération pour annuler un testament existant; la déclaration du testateur

(1) Civ. c., 20 mai 1812, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 3348 ; Req., 16 déc. 1924 (sol. implic.), S. 1925. 1. 44.

portant persistance de sa volonté n'a pas plus de valeur. Seul, un testament régulier doit être suivi après le décès ; or, l'existence juridique d'un testament disparu résulte uniquement de ce que la suppression n'est pas le fait du testateur, ou n'a pas été approuvée par lui.

49. — Mais ne pourrait-on pas dire que la démonstration de la persistance de la volonté du testateur prouve implicitement que celui-ci n'a pas connu la destruction de son testament ? A première vue : oui. Il semble normal, en effet, que, puisque le testateur annonce lui-même ses dispositions dernières, il ait pris toutes mesures utiles pour leur faire produire tout leur effet (c'est-à-dire qu'il ait fait son testament), et, *a fortiori*, qu'il ignore que ces mesures se trouvent annihilées. En ce sens, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 janvier 1908 (1), bien que posant en principe qu'un testament garde toute sa valeur « à moins qu'il n'ait été révoqué, ou ... que le *de cujus* n'ait connu la destruction de son testament par le cas fortuit survenu de son vivant », a déclaré suffisamment motivée une décision constatant « qu'aucun changement n'était intervenu dans les volontés dernières » du testateur.

Mais cette déduction, quoiqu'elle puisse se trouver souvent juste, ne doit pas être accueillie en thèse générale. Il ne faut pas conclure trop hâtivement de manifestations de volonté à l'existence d'un testament. Il se pourrait fort bien qu'il n'y ait qu'une apparence. N'y a-t-il pas des personnes qui, pour se soustraire aux importunités, laissent entendre, ou même déclarent avoir pris telles dispositions, alors que leur testament est diamétralement contraire ? Coquille ne disait-il pas déjà « que souvent advient que les hommes tiennent plusieurs propos qui ne sont à vraye intention de disposer, et pourroient être pris par les tesmoins pour disposition » (2) ? Aussi il semble probable que l'arrêt du 21 janvier 1908 n'est qu'une décision d'espèce s'expliquant par les cir-

(1) Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416.

(2) Guy Coquille, *Questions et responses sur les articles des coustumes*, quest. 233.

constances de fait de l'affaire (car il ne paraît pas douteux que le testateur ait ignoré la disparition de son testament), et ne doit pas être généralisée. Ce qui doit être établi, c'est l'existence juridique du testament ; la démonstration de la persistance de la volonté du testateur paraît à la fois insuffisante, en ce sens qu'elle n'établit pas nécessairement et sans discussion possible que le testateur n'a pas connu la disparition de son testament, — et superflue, en ce sens qu'elle aboutit à la prise en considération d'une volonté testamentaire verbale, ce qui est rigoureusement interdit.

§ 2. — *Validité du testament.*

50. — S'il a existé un écrit, encore faut-il que cet écrit, dont se prévaut le légataire, ait été vraiment un testament, qu'il ait pu valoir comme tel, ce qui impose la nécessité de démontrer qu'il s'agissait d'un testament *valable*. Si rigoureuse que paraisse cette nécessité, elle est indiscutable, puisque la loi n'accorde d'effet qu'au testament rédigé dans les formes qu'elle détermine. Le légataire prétendu ne peut avoir d'action que si son titre était régulier, car, si la perte de celui-ci ne doit pas lui nuire, elle ne doit pas non plus lui profiter.

Toutefois, bien que l'on soit d'accord sur le principe, des divergences se manifestent parfois en pratique. En spécifiant que le testament doit être « valable », on prend ce mot dans son sens le plus large. Mais la validité complète du testament ne doit pas être exigée sans distinction. Aussi convient-il de préciser ce qui doit être exactement reconstitué, soit qu'il s'agisse d'un testament authentique, soit qu'il s'agisse d'un testament olographe.

51. — I. S'agit-il d'un testament authentique? Celui-ci n'est valable, au point de vue de la forme, qu'autant qu'ont été observées, pour sa rédaction, les règles imposées tant par la loi du 25 ventôse an XI (ou, plus précisément, celles prévues par cette loi à peine de nullité) que par les articles 971 et suivants du Code civil. La conformité du testament à ces règles résulte immédiatement de sa simple lec-

ture, lorsqu'il est représenté. Il ne fait donc pas de doute que la régularité du testament authentique disparu doit être établie. C'est ce qu'avait déjà déclaré la Cour de cassation, d'après les principes de l'ancien droit (1) ; les motifs de décider sont les mêmes aujourd'hui, et doctrine et jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

52. — II. S'il s'agit d'un testament olographe, les conditions intrinsèques auxquelles est subordonnée sa régularité sont qu'il doit être entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur.

1° La véracité de l'écriture et de la signature par le testateur résultera, pour les juges, de circonstances diverses. Il y a simple question d'appréciation ; les juges auront seulement à se demander s'il paraît suffisamment établi que le testament a été écrit et signé par le testateur. On pourrait penser qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que le testament olographe a été *réellement* écrit et signé par le testateur, qu'il suffit que *l'apparence* soit qu'il l'a été. Car, lorsqu'on produit l'original même du testament, celui-ci ne donne pas certitude absolue que l'acte émane bien du testateur, puisque l'héritier peut toujours le dénier. Mais le fait que justement l'écrit est perdu enlève tout moyen de procéder à la vérification d'écriture prévue par les articles 193 et suivants du Code de procédure civile. Il faut donc admettre que la décision qui, appréciant les preuves fournies lors de la reconstitution du titre, déclarera que le testament a été entièrement écrit et signé de la main du testateur, fera pleine foi contre les héritiers, tout au moins si ceux-ci, comme ce sera le cas normal, ont été mis en cause. Ils ont alors dû formuler, au cours de l'instance, toutes les dénégations qu'ils étaient en droit de faire, et fournir tous les arguments qu'ils pouvaient avoir. En même temps qu'elle pro-

(1) Civ. c., 17 février 1807, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2.523, S. 07. 1. 97.

(2) Aubry et Rau, 5e édit., t. 10, § 647, p. 451, texte et note 5 ; Planiol, Ripert et Trasbot, t. 5, n° 527, p. 544, note 6; Nancy, 31 janvier 1929, *Rec. Nancy*, 1929, n° 60.

cède à la reconstitution du titre, la décision statue sur la réalité de l'écriture par le testateur.

53. — 2° La question de la validité du testament disparu, bien que peu discutée, en général, a toutefois soulevé quelques difficultés, en ce qui concerne la date du testament. Il est à noter que ce problème de la date, bien qu'il ne soit pas spécial au testament olographe, se pose pourtant, en pratique, uniquement pour lui. Le testament authentique est en effet porté au répertoire du notaire qui l'a reçu (il en est de même, en ce qui concerne le testament mystique, de l'acte de suscription) : la date se trouve précisée par cette mention même. Toute autre est la situation en ce qui concerne le testament olographe. La date ne peut être connue que par lui seul ; par suite, elle peut être très difficile à établir lorsque l'écrit a disparu. Où la trouver ? Il se peut qu'elle ait été mentionnée par le testateur, que quelqu'un la connaisse, et puisse en certifier. Mais, il se peut aussi qu'elle soit complètement ignorée, et que nul indice ne permette de la rétablir. Va-t-on être obligé de refuser l'exécution du legs, alors que, par ailleurs, le testament peut être connu avec certitude ? Ce résultat a paru choquant, et l'on s'est demandé si la reconstitution de la date du testament était toujours nécessaire.

54. — Certaines décisions (1) ont observé que, somme toute, la date du testament est quelquefois sans intérêt, au point de vue purement rationnel ; qu'elle ne présente d'utilité incontestable que dans deux situations : si le testateur a été incapable à un moment donné de son existence, ou bien s'il a fait plusieurs testaments contradictoires. Dans le premier cas, en effet, il est important de savoir si le testament n'a pas été fait au cours de la période d'insanité ou d'incapacité ; dans le second cas, il faut absolument classer les testaments, et pour cela il faut en connaître la date. Mais, hors de

(1) Besançon, 12 juillet 1899 (motifs), P. F. 1901. 2. 281 ; Montpellier, 7 mai 1900 (motifs), sous Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, S 1904. 1. 132; Douai, 17 mars 1922, *Rec. Douai*, 1923, 260.

ces deux situations, son utilité n'apparaissant plus, il ne serait plus absolument indispensable qu'il en existe une. Dès lors, en cas de perte ou de destruction de testament, il serait inutile, si l'on ne se trouvait pas dans un des cas où la date est nécessaire, d'exiger qu'elle soit complètement reconstituée : on pourrait alors se contenter soit d'une partie de la date, par exemple l'indication du mois et de l'année (1), soit même seulement d'une indication générale (2).

Cette opinion n'est point nouvelle : elle vient directement de notre ancien droit. La plupart de nos anciennes coutumes (notamment Paris, art. 289) exigeaient seulement que le testament olographe fût écrit et signé du testateur : la date n'était pas requise. Cependant, on s'aperçut qu'elle pouvait être utile, notamment qu'elle pouvait aider puissamment à la découverte de manœuvres dolosives, de suggestions, de violences dont le testateur aurait été l'objet, même du crime de faux dont le prétendu testament serait l'œuvre : Ricard (3) rapporte qu'il lui est arrivé, au cours de sa carrière, de reconnaître de tels vices dans des testaments, grâce à leur date. Aussi l'ordonnance de 1735, dans son article 38, décida-t-elle que tous les testaments « contiendront la date des jours, mois et an, et ce, encore qu'ils fussent olographes ». Cependant, malgré la généralité des termes de l'ordonnance, on considérait qu'elle n'avait imposé la date que pour prévenir les difficultés, qu'elle n'avait pas changé la nature des choses, et que, par suite, des tempéraments d'équité étaient permis lorsqu'il n'était pas possible de connaître cette date. C'est ainsi qu'un testament, dont une déchirure avait enlevé une partie de la date, en sorte que seule était intacte la mention du jour, qu'on pouvait reconstituer le mois (décembre), mais non l'année, fut déclaré valable par arrêt de la Grand Chambre du Parlement de Paris du 6 juin 1764, encore que l'année de sa confection n'eût point été établie (4).

(1) Douai, 17 mars 1922, précité.
(2) Montpellier, 7 mai 1900, précité.
(3) *Traité des donat.*, 1re part., ch. 5, sect. 7, no 1561.
(4) Merlin, *Répert. de jurispr.*, vo *Testament*, sect. 2, § 1, art. 6, no 8.

55. — Mais on a depuis longtemps fait justice de cette prétention. La théorie soutenue revient à dire « qu'un testament dénué de ses formes les plus essentielles ne laisse pas d'être valable toutes les fois que n'est pas à craindre l'inconvénient que le législateur a voulu prévenir en les prescrivant » (1) ; et le tribunal de Marseille dit avec raison que ce système « tendrait à faire mettre en question, dans toutes les affaires, si la loi doit être ou non exécutée » (2). En outre, il est faux de soutenir que la date n'est nécessaire qu'en cas d'incapacité du testateur ou de testaments contradictoires : elle est aussi utile en cas de manœuvres dolosives, de faux, de violences ; elle sert à distinguer le testament véritable du simple projet. D'ailleurs, la base du raisonnement manque en fait : après la reconstitution du testament disparu, ne pourrait-il pas se faire qu'on en trouvât un second ? Comment les classera-t-on si l'on n'a pas déterminé la date du premier ? Et surtout, l'on oublie qu'il existe nécessairement une période d'incapacité dans la vie de chaque testateur : la minorité.

56. — Aussi les arrêts précités de Besançon, Montpellier et Douai sont-ils des décisions isolées. La majorité des décisions déclare à juste titre que la date du testament doit être précisée tout aussi bien lorsqu'il s'agit d'un testament perdu que lorsqu'on représente l'écrit lui-même (3). En principe, il sera donc nécessaire d'établir la date complète, c'est-à-dire le jour, le mois et l'an (4).

(1) Merlin, *op. cit.*, *eod.* v°, sect. 2, § 1, art. 6, n° 10.

(2) Trib. civ. Marseille, 6 juin 1843 (sous Req., 3 mars 1846), D. P. 46. 1. 216.

(3) Rouen, 18 juin 1877, D. P. 77. 2. 181, S. 77. 2. 318 ; Lyon, 15 fév. 1888, D. J. G., S. v° *Disposit. entre vifs*, 620 ; Req., 1er août 1927 (sol. implic.), *Gaz. Pal.*, 1927. 2. 895. Dans son rapport préalable à Req., 8 déc. 1902 (D. P. 1903. 1. 93) qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Montpellier du 7 mai 1900, précité, M. le conseiller Michel Jaffard a soigneusement relevé que les considérations émises par la Cour d'appel, relatives à l'absence de tout autre testament et de toute incapacité, n'avaient pas été les raisons déterminantes de décider (voy. D. P. 1903. 1. 98).

(4) Rouen, 18 juin 1877, précité. Il va de soi que, pour reconstituer la date, les juges devront se baser sur des faits et des circonstances extrin-

Mais alors subsiste toute la difficulté précédemment signalée, à savoir que la date d'un testament olographe étant généralement inconnue, il sera très souvent impossible de la rétablir. La pratique a trouvé un moyen ingénieux de tourner la difficulté. Les juges du fait ont en effet (*infrà*, n° 152) un souverain pouvoir d'appréciation pour tout ce qui n'est pas un point de droit, leurs décisions n'étant pas alors soumises au contrôle de la Cour de cassation. Ils se sont servis de ce moyen, et, lorsque leur conviction est que le testament était régulièrement daté, sans qu'ils puissent dire quelle était cette date, ils se bornent à déclarer qu'il était daté, ou même, plus généralement, qu'il était parfaitement régulier. La Cour de cassation a reconnu que cette appréciation était souveraine, et ne pouvait pas être discutée par elle (1) ; par suite le testament peut être exécuté sans que sa date ait été précisée.

Section II. — Contenu du testament.

57. — Le second point à établir, est le contenu du testament. Car il est clair que le testament doit avoir contenu un legs au profit du demandeur ; les deux premiers points de la reconstitution ont porté sur un cadre : il faut remplir ce cadre.

Point de difficultés, bien entendu, s'il s'agit d'une perte partielle qui ne laisse aucun doute sur le véritable contenu du testament (2), ou bien si celui-ci, ayant été soustrait, est ensuite représenté, volontairement ou non (3).

La reconstitution du contenu du testament n'est donc nécessaire que si ce dernier ne peut pas être représenté.

sèques au testament, puisque celui-ci n'existe plus. C'est là une exception notable aux règles posées par la jurisprudence en matière de date.

(1) Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, avec le rapport de M. le conseiller Michel Jaffard, S. 1904. 1. 132. Il en est de même en droit pénal : Crim., 9 juillet 1910, *Bull. crim.*, n° 368.

(2) V. Nancy, 2 juin 1899, D. P. 99. 2. 263, S. 1900. 2. 94 ; Trib. civ. Bordeaux, 27 nov. 1917, *Rec. Bordeaux*, 1918-19 2. 1 ; Caen, 10 nov. 1927, S. 1928. 2. 69.

(3) V. Dijon, 25 février 1898, D. P. 99. 2. 127, S. 99. 2. 245.

Mais, que va-t-on exiger ? La jurisprudence a posé deux principes de bon sens : d'une part, il n'est pas besoin de reconstituer exactement tous les termes du testament ; d'autre part, la reconstitution doit être aussi précise que possible.

58. — 1° En premier lieu, il n'est pas besoin de reconstituer exactement tous les termes de la disposition (1). L'imposer serait en effet rendre impossible toute reconstitution, surtout lorsqu'il s'agit d'un testament perdu avant le décès du testateur. Si encore il était perdu après le décès, l'ordonnance de dépôt du Président (pour les testaments olographes ou mystiques), et l'enregistrement, pourraient donner des indications précieuses. Au contraire, si la perte s'était produite avant le décès du *de cujus*, il est bien certain que les souvenirs des témoins et du notaire, en cas de testament authentique, seraient insuffisants pour le rétablir mot à mot. Et, lorsqu'il s'agit d'un testament olographe ou mystique, la reconstitution deviendrait tout à fait impossible dans la presque totalité, sinon dans la totalité des cas. Aussi est-on bien forcé de se contenter d'une reconstitution du sens des phrases. L'important est d'ailleurs de connaître la disposition, et non pas les mots employés. Il est indifférent que le testateur ait dit : « J'institue X mon légataire universel » ou : « Je laisse tout ce que j'ai à X », ou toute autre formule analogue, du moment que l'on sait que la phrase contenait une disposition universelle. Mais il n'est pas toujours exact que les mots soient sans influence ; il se peut, au contraire, que les mots employés aient leur répercussion sur la portée exacte de la disposition. Aussi, s'il est vrai que l'on ne doit point reconstituer obligatoirement tous les termes du testament, on doit tout au moins en reconstituer l'esprit et le sens, de façon à ce que soit connue aussi exactement que possible la volonté du testateur.

59. — 2° C'est en ce sens qu'il faut entendre la deuxième règle posée par la jurisprudence, à savoir que la reconsti-

(1) Rouen, 18 juin 1877, D. P. 77. 2. 181, S. 77. 2. 318.

tution doit être précise. On doit connaître avec exactitude quel était le legs contenu dans le testament, c'est-à-dire son titulaire et son montant, et, le cas échéant, les modalités ou conditions qui pouvaient l'affecter. Ou bien encore, si le testament invoqué contenait révocation d'un précédent testament, il est nécessaire qu'il soit établi avec certitude que les dispositions étaient bien des dispositions révocatoires (1). Il est clair, en effet, que l'on ne peut aboutir à l'exécution du testament que si la reconstitution est précise, et donne toute certitude. Des présomptions, fussent-elles même très fortes, ne sauraient suffire. En ce sens, il a été jugé que la destruction du testament par l'héritier ou le légataire qui devait bénéficier de la destruction était insuffisante pour justifier du legs (ou de la révocation de testament) dont se prévalaient les demandeurs (2).

(1) Bordeaux, 24 mai 1813, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2529.

(2) Rouen, 13 août 1825, et sur pourvoi Req., 27 février 1827, D. P. 1827. 1. 156 ; Riom, 8 août 1898, et sur pourvoi : Req., 25 juillet 1900, D. P. 1901. 1. 358, S. 1901. 1. 142.

CHAPITRE II

NOTION DE PERTE OU DE DESTRUCTION FRAUDULEUSE

60. — Au sens ordinaire des mots, la perte d'un acte, ou sa destruction, apparaissent comme des notions claires. Cependant, en pratique, il peut quelquefois se présenter des difficultés. Par exemple, doit-on dire qu'un testament caché par quelqu'un est perdu ? Il importe donc de fixer les limites à donner aux notions de perte ou de destruction.

De l'étude de la doctrine et de la jurisprudence, il est possible de dégager deux idées. Dans la plupart des cas, notamment sur le principe de l'efficacité du testament anéanti, il n'est fait aucune distinction entre la perte et la destruction ; les limites données s'appliquent à l'une aussi bien qu'à l'autre, et les conséquences sont les mêmes. Au contraire, dans quelques situations particulières, il est nécessaire de distinguer entre la perte et la destruction du testament.

Section I. — Caractère commun : anéantissement du testament.

61. — La première observation qui s'impose, c'est que nul auteur n'a défini ce qu'il convient d'entendre par « perte ou destruction » du testament ; tous paraissent considérer cette notion comme évidente ; les ouvrages les plus complets se bornent à en préciser quelques détails. A vrai dire, ce silence se conçoit ; il est impossible de résoudre en quelques lignes une difficulté dont la solution dépend presque exclusivement des circonstances de fait de chaque espèce. C'est aux juges qu'il appartiendra de dire : « ce testament est perdu ou détruit », en appréciant les faits de la cause : faits qui, quelquefois seront fort clairs, mais qui, quelquefois

aussi, ne seront que des indices bien légers que l'ingéniosité des plaideurs aura soumis à la perspicacité du tribunal. La difficulté apparaît donc avant tout comme une difficulté de fait.

Cependant, pour trancher les différents cas qui se sont présentés, les tribunaux se sont forcément trouvés amenés à préciser certains points de droit. Mais, s'agissant d'une notion comme celle de perte ou de destruction, qui est une notion claire en elle-même, leur rôle n'a pas été d'en concrétiser la portée par une formule précise, qu'il suffirait d'appliquer ensuite à chaque cas particulier, mais bien plutôt d'adapter cette notion, pour la faire cadrer avec le droit positif en matière de testament, de la limiter par l'application des principes juridiques pouvant l'influencer.

De cette façon de procéder découle une conséquence importante : c'est que, si un testament est perdu, au sens courant de ces mots, il en est de même au sens juridique ; il y a, en principe, identité entre l'anéantissement au sens ordinaire, et l'anéantissement au sens juridique. C'est là un point intéressant, non seulement pour la facilité de la preuve que devra faire le demandeur, mais encore pour la portée même de la notion de perte ou de destruction.

62. — I. Dans le langage courant, les mots « perte » ou « destruction » impliquent l'idée d'anéantissement matériel, ou, tout au moins, de disparition. Il en est de même en matière de perte ou de destruction de testament, avec cette observation, toutefois, que la disparition doit s'envisager non d'un point de vue objectif et matériel, mais d'un point de vue subjectif, et par rapport au légataire. Ainsi la Cour de cassation déclare qu'il suffit « que les légataires aient été mis dans l'impossibilité de produire leur titre » (1). Plus généralement, il y aura perte dès lors que le légataire institué par le testament *ne peut plus en déduire directement l'existence de ses droits.*

(1) Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416.

63. — Ainsi comprise, la notion de « perte », « d'anéantissement » apparaît extrêmement étendue ; elle englobe en principe toute disparition, quelle qu'elle soit. Mais, si large soit-elle, elle ne peut pas ne pas comporter des limites : tout anéantissement du testament ne permet pas sa reconstitution. Pour que celle-ci soit possible, il faut, non pas que cet anéantissement provienne de certains faits, mais, au contraire, qu'il ne présente pas certains caractères. Il y a une nuance. Si elle avait décidé que l'anéantissement devait provenir de certains faits, la jurisprudence aurait été amenée à les déterminer, et, par suite, à adopter une interprétation plutôt restrictive. Au contraire, en décidant qu'en principe l'anéantissement d'un testament ne mettait pas obstacle à sa reconstitution, la jurisprudence a fait de la possibilité de reconstitution la règle et de l'impossibilité l'exception. Par suite, ce sont ces cas d'impossibilité qui sont soumis à interprétation restrictive, ce qui ne manque pas d'être fort intéressant pour le légataire. S'il ne se trouve pas exactement dans un de ces cas, il lui sera permis d'établir ses droits ; en quelque sorte, on peut dire que le doute lui profite.

64. — Cette solution est-elle justifiée ? Au premier abord, elle peut sembler en opposition avec le caractère formaliste de notre législation des testaments. Du moment, pourrait-on penser, que la loi exige un écrit pour rendre valables des dispositions de dernière volonté, on ne saurait dispenser de la représentation de cet écrit que dans des circonstances telles qu'il soit impossible de faire autrement, c'est-à-dire dans des cas très strictement déterminés.

Mais cette argumentation ne saurait être retenue, et la jurisprudence doit être approuvée. Le testateur a fait une disposition qui, par hypothèse, est valable, parce qu'elle est faite dans les formes voulues. Un accident quelconque ne peut pas porter atteinte à cette disposition. Pour empêcher celle-ci de produire son effet, il faut qu'un obstacle légal vienne s'y opposer. Quelle que soit la position qu'on adopte sur la portée ou la valeur des différents obstacles qui s'opposent à l'efficacité du testament, on est forcé de reconnaître qu'ils n'agissent que comme des exceptions. Il est donc per-

mis de dire, *a contrario*, qu'en principe un testament, même perdu ou détruit, conserve son efficacité.

65. — II. La large interprétation qui est la conséquence naturelle de cette position, a conduit la jurisprudence aux résultats suivants.

a) La notion de perte comprend tout anéantissement, quel qu'il soit.

1° Elle comprend, bien entendu, l'anéantissement matériel de l'écrit (cas du testament brûlé, par exemple). Mais il n'est pas nécessaire que cet anéantissement soit total : il peut être seulement partiel. Il suffit, en effet, qu'un des éléments essentiels de l'acte se trouve détruit pour que le légataire ne puisse plus déduire son droit de la production du testament. Ainsi, si certaines parties de l'acte ont disparu, par exemple la date (1), le nom de l'institué (2), ou la signature (3), il sera possible de les reconstituer. Solution évidente : du moment que l'on permet de reconstituer un testament totalement détruit, on doit permettre une reconstitution partielle, dont le danger est assurément moindre, car le surplus subsistant du testament peut servir de guide et de base.

2° De l'anéantissement matériel, il convient de rapprocher l'anéantissement juridique, par rature ou cancellation. Les motifs de permettre la reconstitution sont les mêmes. Cependant on peut se demander si la jurisprudence consacre complètement cette solution. A propos notamment de la charge de la preuve, certains arrêts n'appliquent pas les mêmes règles à l'anéantissement de la disposition par rature ou cancellation qu'à l'anéantissement matériel du testament. Evidemment, les mots : « perte », « destruction » paraissent ne s'appliquer qu'à l'anéantissement matériel de l'acte, et, au sens ordinaire des mots, le papier raturé qui fut un testament ne peut pas être considéré comme perdu. Cepen-

(1) Nancy, 2 juin 1899, D. P. 99. 2. 263, S. 1900. 2. 94.

(2) Trib. civ. Bordeaux, 27 nov. 1917, *Rec. Bordeaux*, 1918-19. 2. 1.

(3) Orléans, 15 mai 1889, D. P. 90. 2. 242, S. 89. 2. 207 ; Nîmes, 8 janvier 1895, D. P. 95. 2. 357, S. 96. 2. 126 ; Caen, 10 nov. 1927, S. 1928. 2. 69.

dant, la distinction ainsi faite ne paraît guère justifiée, car, juridiquement parlant, il n'y a pas de différence entre les ratures et la destruction d'un testament. Dans les deux cas, le but visé est l'anéantissement de la *disposition* au point de vue *juridique*, car c'est cette disposition seule qui importe, et non le papier sur lequel elle est écrite. Il est indifférent que ce papier continue ou non d'exister. L'on se rend très bien compte de cette identité si l'on constate que, dans certains cas, l'accident qui a anéanti la disposition ne peut guère être classé dans l'une plutôt que dans l'autre de ces deux catégories. Une tache d'encre rendant illisible tout ou partie du testament devrait-elle être assimilée à une rature ou à une destruction? De même, la destruction partielle du testament, bien qu'ordinairement assimilée à la perte de celui-ci, ne laisse-t-elle pas subsister, comme les ratures, tout le surplus du testament? Aussi, il semble bien que les mêmes principes doivent être appliqués à toutes les altérations d'une disposition testamentaire, quelles qu'elles soient (1).

3° La définition ci-dessus donnée du mot « perte » (*suprà*, n° 62) conduit encore plus loin. Il se peut que le testament existe matériellement et juridiquement, et que, cependant, on le considère comme anéanti. Il en est ainsi au cas où le testament est retenu, caché, par une personne qui refuse de le représenter (2). Le légataire est alors dans la même situation que si son titre était perdu : comme il ne peut pas le produire, il ne peut pas prouver directement son droit. L'identité de situation entraîne l'identité de solution.

66. — *b*) En second lieu, cette impossibilité de se servir du testament pour établir le legs peut provenir d'une cause

(1) C'est d'ailleurs ce que font tous les auteurs. V. notamment : Planiol, Ripert et Trasbot, t. 5, n° 714.

Toutefois, pour nous en tenir au sens ordinaire des mots, nous n'envisagerons comme cas de perte ou de destruction que ceux où le testament est matériellement anéanti, soit en totalité, soit en partie (ainsi que ceux qui leur ont été assimilés par la jurisprudence).

(2) Nancy, 22 juin 1895, et 2 mai 1896, S. 96. 2. 263, et sur pourvoi : Req., 25 oct. 1897, D. P. 98. 1. 56, S. 98. 1. 128. C'était déjà la solution de l'ancien droit (*suprà*, n° 16).

quelconque (1). Peu importe qu'il y ait accident fortuit ou fait d'un tiers. Ce qu'on prend en considération, c'est le résultat obtenu, à savoir l'impossibilité pour le légataire de se servir du testament. Mais la manière dont ce résultat a été atteint, sa cause, est indifférente. La Cour de cassation a jugé suffisante « la déclaration de l'arrêt (de la Cour d'appel) que l'original du testament n'avait pu être retrouvé », car cela « en prouvait nécessairement l'inexistence actuelle » (2). C'est bien admettre que seule cette inexistence suffit, sans qu'il soit besoin d'établir de quelle façon elle est survenue (3).

Sans doute, l'on rencontre, dans la jurisprudence, de nombreuses décisions qui exigent que soit établie la cause de l'anéantissement du titre. Mais il s'agit là seulement d'une conséquence de certaines règles de preuve (v. *infrà*, n° 89); par suite cette exigence ne porte nullement atteinte à la règle posée.

67. — III. Si, en principe, la cause de l'anéantissement est sans influence sur l'efficacité du testament disparu, il

(1) Cependant, deux arrêts (Metz, 15 juillet 1813, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2519 ; Riom, 17 nov. 1821, D. J. G., *loc. cit.*) contiennent des formules restrictives ; mais ce sont des décisions d'espèce, restées isolées.

(2) Req., 10 nov. 1830, D. P. 31. 1. 77. Comp. Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N., 1908, art. 29.416.

(3) Toutefois, dans un arrêt récent (Civ. c., 16 mai 1923, D. P. 1926. 1. 29, S. 1923. 1. 337, *Gaz. Pal.*, 1923. 2. 158), la Cour de cassation, après avoir visé l'art. 970 C. civ., déclare qu'en l'absence d'un testament olographe, il ne peut être suppléé à sa production que si sa perte ou sa suppression provient « d'un accident de force majeure ». Mais, si la solution donnée par cet arrêt n'est pas inexacte, elle est tout au moins trop sommairement formulée, et ne doit pas être prise à la lettre. L'exigence de la démonstration d'un cas de force majeure ne résulte nullement de l'art. 970 C. civ. (sur lequel est fondé le *droit* du légataire), mais uniquement de certains textes réglementant les *modes de preuve* pouvant être employés par le légataire, en cas de disparition du testament. Or, le décalque produit en l'espèce n'était ni un testament, puisqu'il n'avait pas été réellement *écrit* par le testateur, ni une « copie », au sens de l'art. 1335 C. civ., ni, bien entendu, un commencement de preuve par écrit au sens de l'art. 1347 C. civ. ; il ne pouvait être retenu que comme présomption (art. 1353 C. civ.). Mais le demandeur avait alors l'obligation de démontrer que la perte de son titre provenait d'un cas de force majeure (art. 1353 et 1348-4° combinés). C'est à tort, semble-t-il, que l'arrêt n'a pas visé ces deux textes avec l'article 970 C. civil.

n'en est pas toujours de même. Parfois, elle est prise en considération pour faire obstacle à sa reconstitution. Il en est ainsi lorsqu'un principe de droit vient paralyser les droits du légataire, qui alors s'éteignent.

De l'étude de la jurisprudence, il résulte que l'anéantissement ne doit pas provenir du fait ou de la faute soit du testateur, soit du légataire.

68. — a) *Anéantissement par le fait ou la faute du testateur.* — 1° L'anéantissement du testament par le fait volontaire du testateur, ou l'approbation par lui de l'anéantissement survenu en dehors de sa volonté, vaut révocation (*suprà*, n^{os} 33 et 34). Par suite, l'institué ne peut rien réclamer, le testament n'ayant plus aucune valeur.

2° A ce fait positif, un arrêt paraît assimiler la faute du testateur (1). En théorie, la portée de l'exception est très grande : une simple imprudence, une simple négligence pourraient, si la perte s'en suivait, annihiler complètement les droits du légataire, et empêcher la reconstitution du testament. Il est vrai que la perte devrait être une conséquence *directe* de l'imprudence ou de la négligence du testateur. Il ne suffirait pas que, celui-ci ayant été négligent, la perte soit survenue par suite d'une autre cause. Ainsi, dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 21 janvier 1908, il paraît bien s'être écoulé plus de huit ans entre la rédaction du testament et la mort du *de cujus*, sans que, pendant tout ce temps, celui-ci se soit préoccupé de savoir si son testament avait bien été remis à son notaire par le clerc à qui il l'avait confié. C'était une négligence certaine. Cependant la perte du testament n'étant pas la conséquence de cette négligence, et provenant de la faute d'un tiers, le testament put être déclaré valable.

69. Mais alors, on ne voit plus comment, en pratique, il pourrait y avoir faute du testateur. Lorsque ce dernier fait son testament, c'est qu'il a l'intention de gratifier le légataire

(1) Req., 21 janv. 1908 (motifs), *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416.

choisi. Une fois le testament fait, ou bien il persiste dans son intention libérale — et alors il semble bizarre qu'il laisse par sa faute se perdre son testament ; ou bien il change de volonté — et il est tout aussi bizarre qu'il laisse au hasard le soin d'annuler son testament, qu'il le laisse détruire par négligence, sans le détruire lui-même. Cette faute du testateur supposerait que, jouissant d'une volonté saine et libre, il s'en est remis au hasard du soin de conserver ou de détruire son testament, qu'après avoir exprimé sa volonté de gratifier, il marque tout aussitôt une indifférence complète pour l'acte qui la contient, sans que cependant il veuille la révoquer, puisque, par hypothèse, il laisse subsister l'acte sans l'annuler lui-même. C'est là bien plus une hypothèse d'école qu'une réalité ; la faute du testateur entraînant la perte du testament ne semble correspondre à rien de réel. Si quelque imprudence ou quelque négligence pouvait être relevée à la charge du testateur, il paraît difficile de les interpréter comme une faute susceptible d'empêcher la reconstitution du testament. Aussi bien, dans la seule espèce où cette question semble avoir été soulevée, a-t-il été jugé que le *de cujus* n'avait commis aucune faute en confiant son testament à un principal clerc, pour que celui-ci le remît à son patron (Req., 21 janvier 1908, précité).

70. — b) *Anéantissement du testament par le fait ou par la faute du légataire.* — 1° La jurisprudence décide que l'anéantissement du testament ne doit pas être causé soit par le fait (1), soit par la faute (2) du légataire. Le fait positif du légataire qui, par exemple, lacérerait volontairement le testament, ne semble pas un cas pratique ; un tel fait paraît inconcevable ; il suffirait d'ailleurs de lui appliquer les mêmes règles qu'à la faute du légataire.

2° Celle-ci paraît au contraire devoir quelquefois se rencontrer : le légataire ayant le testament entre les mains l'égare par négligence ; il demande ensuite à établir son

(1) Req., 10 nov. 1830 (motifs), D. P. 31. 1. 77.

(2) Lyon, 22 février 1831, D. P. 31. 2. 123, S. 31. 2. 280 ; Req., 21 janv. 1908 (motifs). *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416.

droit. Est-ce possible? Un arrêt de la Cour de Lyon du 22 février 1831 a répondu par la négative, et la même solution est donnée par les motifs des deux arrêts précités de la Chambre des Requêtes. De nombreux auteurs ont admis cette solution (1). En effet, disait déjà Demolombe (2), le légataire ne peut alors invoquer ni l'article 1348, ni l'article 1382.

71. — Mais ces décisions sont-elles bien exactes? La justification proposée par Demolombe est loin d'être convaincante. Si l'article 1382 C. civ. doit être écarté d'emblée, parce que le légataire réclame l'exécution de son legs, et non des dommages-intérêts, il est faux de prétendre qu'il n'y ait, pour l'action du légataire, d'autre fondement que l'article 1348. Comment alors expliquer l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 novembre 1830, qui s'appuie uniquement sur les articles 1335, 1347 et 1353 C. civ.? La vérité est que le légataire n'a pas seulement, pour réclamer l'exécution de son legs en cas de disparition du testament, l'unique secours de l'art. 1348; il peut au contraire invoquer tous les modes de preuve de droit commun (*infrà*, n° 115) (3). Par suite, est-il bien exact de refuser au légataire l'exécution du legs, lorsqu'il a perdu son titre?

Ne doit-on pas dire que le droit du légataire a été fixé sur sa tête au jour même du décès du testateur, et qu'ainsi, même si le testament est disparu depuis cette époque, ce fait ne saurait influer en aucune manière sur un droit irrévocablement acquis (4)?

72. — L'argumentation peut paraître sérieuse. Cependant, dans une espèce où les apparences étaient pourtant bien

(1) Duranton, t. 9, n° 48; Demolombe, *Traité des donat.*, t. 4, n° 35; Laurent, t. 13, n° 120; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donations et testaments*, n° 1873.

(2) Demolombe, *op.* et *loc. cit.*

(3) L'art. 1348 *in principio* permet bien la liberté de la preuve, mais il ne vise que la preuve testimoniale. Le légataire peut invoquer d'autres modes (preuve littérale, aveu, serment) qui ne rentrent pas dans le champ d'application de cet article. C'est en ce sens que l'argumentation de Demolombe paraît trop restrictive.

(4) Comp. Savatier, *Revue trim. dr. civ.*, 1926, p. 456.

favorables au légataire (le testament avait été lu devant la famille, présenté au Président du Tribunal qui en avait fait la description et ordonné le dépôt, et enregistré), la Cour de Lyon (arrêt précité du 22 février 1831) a repoussé la demande du légataire par les motifs suivants : « Attendu que si de telles preuves étaient admises, les sages dispositions de la loi seraient facilement éludées, qu'il suffirait de présenter soit au Président du Tribunal qui en ferait la description, soit à l'enregistrement, un testament supposé qu'on supprimerait ensuite pour rendre impossible la vérification de la sincérité de l'écriture et de la signature ; que le repos et la sûreté des familles en seraient ébranlés »... Il est permis de penser, avec Laurent (1), que « ces motifs, quoiqu'on en dise, ne sont pas très juridiques ». Le légataire a certainement droit au legs ; le simple danger de fraude ne peut pas empêcher que ce droit existe. Pour l'annihiler, il faut invoquer non les inconvénients auxquels pourrait donner lieu sa reconnaissance, mais une règle de droit précise.

73. — Est-ce à dire que la jurisprudence, et après elle, la doctrine, aient fait erreur ? Nullement, mais il y a lieu de chercher ailleurs la justification de leur solution. Ce qu'il faut dire, c'est qu'il n'est pas suffisant que les droits du légataire soient fixés au jour du décès du testateur : car ces droits ne peuvent exister qu'autant qu'ils sont établis. Or pour les établir, notre droit formaliste ne reconnaît en principe qu'un seul moyen : la production de l'acte testamentaire lui-même. Si, dans les cas de perte ou de destruction, une dérogation est apportée à cette obligation, il faut bien remarquer que ce n'est là qu'un moyen subsidiaire, auquel on est obligé de recourir parce qu'il est impossible de faire autrement si l'on veut arriver à l'exécution du testament. Toute autre est la situation lorsque la perte du testament provient de la faute du légataire lui-même, car alors — et par hypothèse — celui-ci avait entre ses mains le testament, base de ses droits. S'il voulait prouver son titre, il n'avait qu'à conserver soigneusement le testament ; et il n'est point

(1) Laurent, t. 13, n° 120.

fondé à réclamer le bénéfice d'un mode de preuve subsidiaire, alors qu'il est responsable de la perte du mode principal. Le choix entre les différents moyens d'établir son droit ne peut pas être laissé à la discrétion du légataire. La loi ne reconnaît qu'un mode de preuve : le testament ; s'il a perdu son titre par négligence ou imprudence, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même.

Ainsi, sous réserve des deux exceptions ci-dessus étudiées (anéantissement par le fait ou par la faute du testateur, ou du légataire) le testament anéanti conserve son efficacité, quelle que soit la cause de sa disparition. Qu'il y ait perte fortuite, destruction par un tiers, ou dissimulation, le droit du légataire reste entier, et celui-ci peut procéder à la reconstitution du testament.

Section II. — Distinction entre la perte et la destruction du testament.

74. — Cependant, dans différentes circonstances, il se peut qu'il y ait intérêt à distinguer la perte du testament de sa destruction. Tel sera, par exemple, le cas pour la charge de la preuve de la validité du testament : si, en principe, la preuve est à la charge du demandeur, la jurisprudence n'applique cette règle que si le testament est perdu ; elle la renverse au contraire au cas où il a été détruit (*infrà*, n° 101). D'où l'utilité de distinguer la destruction de la perte.

En prenant les mots dans leur sens vulgaire, on aperçoit trois modes d'anéantissement du testament : la perte (disparition fortuite), la destruction (anéantissement par le fait volontaire d'un tiers), et la dissimulation (simple rétention volontaire). Si la dissimulation se sépare de la destruction en ce qu'elle ne comporte pas un anéantissement matériel du testament, elle s'en rapproche beaucoup en ce qu'elle est, comme celle-ci, le résultat du fait volontaire d'un tiers. Aussi assimile-t-on généralement dissimulation et destruction et comprend-on dans le vocable « destruction », que l'on oppose alors au mot « perte », tout à la fois la destruc-

tion proprement dite et la dissimulation. C'est en ce sens qu'il sera employé ici.

75. — Les auteurs n'ont pas séparé nettement les termes « perte » et « destruction », et la lecture des arrêts révèle une certaine confusion. Quelquefois le mot « destruction » est pris avec son sens courant, et large, d'anéantissement matériel du testament, — et quelquefois aussi dans un sens plus restreint et alors opposé au mot « perte ». Cette diversité s'explique, puisque le principe de l'efficacité du testament anéanti n'est pas modifié, quelle que soit la cause de l'anéantissement. S'ils statuent sur le principe seulement, les juges n'ont pas de motif de distinguer entre les diverses causes, et ils emploient un mot général qui les comprend toutes. Ce sens général a déjà été examiné (*suprà*, n° 62) ; c'est le second seulement qu'il est intéressant de préciser.

76. — En ce sens, la destruction apparaît comme l'anéantissement du testament réalisé *frauduleusement* par une personne quelconque.

La notion de fraude est claire. Elle implique, en premier lieu, que l'anéantissement doit être volontaire. Il ne suffirait pas que le testament ait été anéanti par erreur, par suite d'une imprudence ou d'une négligence. Bien que cette imprudence, cette négligence, soient des quasi-délits engageant la responsabilité de leur auteur, il n'y aurait pas destruction du testament. Dans une espèce où un clerc de notaire avait par mégarde « égaré ou détruit » (ce mot étant employé ici dans le sens de : anéanti matériellement) un testament, la Cour de cassation parlera de la « perte » de ce testament (1). De même, il faut que l'agent jouisse d'une volonté saine et libre : il n'y aurait pas destruction s'il était fou, ou s'il n'avait supprimé le testament que sous la menace de violences.

La notion de fraude implique, en second lieu, l'idée de bénéfice illicite. Mais il n'est pas nécessaire que l'auteur de la destruction retire de son acte un avantage ; il suffit que

(1) Req., 21 janv. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416.

la destruction porte préjudice au légataire en l'empêchant de produire un titre régulier. Peu importe que le bénéficiaire de la suppression du testament soit entièrement étranger à cette suppression. Par suite, il y aura destruction même si la suppression du testament est l'œuvre d'un étranger à la succession, d'un domestique par exemple. La seule chose à retenir est que celui-ci ait agi de mauvaise foi, avec l'intention de nuire au légataire.

77. — Cette analyse pourrait conduire à penser que la destruction telle qu'elle est comprise ici, est la transposition dans le plan civil de la destruction prévue par la loi pénale (art. 439, C. pén.) (la dissimulation correspondant à la soustraction frauduleuse de l'art. 379, C. pén.). Dans les deux cas, en effet, on retrouve des éléments identiques, notamment en ce qui concerne la responsabilité de l'agent et sa volonté coupable. Mais il n'y a pas assimilation complète : la destruction, telle qu'elle est comprise du point de vue civil, est plus large que la destruction pénale ; elle l'englobe, sans s'identifier avec elle. Ainsi, dans des espèces où les poursuites engagées n'avaient pu arriver à déterminer l'identité des coupables, et s'étaient par suite terminées soit par une ordonnance de non-lieu (1), soit par des décisions de relaxe ou d'acquittement (2), les juges civils n'hésitèrent pas à déclarer les héritiers responsables de la disparition du testament.

Ce qui différencie les deux notions, civile et pénale, de la destruction provient d'ailleurs non pas des éléments intrinsèques du délit, mais plutôt des règles propres au droit civil et au droit pénal. En droit pénal, en effet, il est unanimement admis que le juge ne peut déclarer l'infraction, pour la punir, que si elle est péremptoirement prouvée : non

(1) Montpellier, 7 mai 1900, et sur pourvoi, Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93 ; S. 1904. 1. 132 ; Trib. civ. de Béziers, 23 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 103.

(2) Montpellier, 7 mai 1900, précité. — Comp. : Cour d'ass. Seine-Infér., 7 janv. 1892, D. P. 92. 2. 70 ; et sur pourvoi : Crim. r., 12 mai 1892, D. P. 93. 1. 271 ; Cour d'ass. Seine-Infér., 24 février 1893, et sur pourvoi, Crim. r., 16 nov. 1893, S. 96. 1. 478.

seulement tous les éléments constitutifs de l'infraction doivent se rencontrer, mais encore aucun doute ne doit subsister quant à la participation volontaire de l'agent : ce qu'on exprime en disant que le droit pénal est d'interprétation stricte. En droit civil, au contraire, le principe est inverse : l'interprétation peut être large. Par suite, les juges civils pourront retenir des faits qui seraient insuffisants pour motiver une condamnation pénale. Ainsi le fait que les cohéritiers se sont enfermés et sont restés seuls au domicile mortuaire pendant la matinée ayant précédé les funérailles du *de cujus*, alors que le testament paraissait bien avoir disparu à ce moment, a suffi pour rendre les héritiers responsables de cette disparition. Au point de vue pénal, cependant, non seulement les poursuites commencées n'avaient pas abouti à des condamnations, mais encore certains des cohéritiers n'avaient pas été poursuivis (1).

78. — Jusqu'à quel point cette interprétation est-elle exacte ? Les juges civils ont-ils le droit de rendre responsables de la disparition d'un testament des personnes dont la culpabilité pénale n'est pas établie ? Il y a lieu de distinguer. Il se peut, tout d'abord, que la disparition du testament ait donné lieu à une poursuite pénale, terminée par une condamnation. Il ne fait alors aucun doute que le coupable ne peut plus remettre sa faute en question devant le tribunal civil : le principe de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel s'y oppose. Si au contraire la poursuite s'est terminée par une décision d'acquittement, la réponse n'est plus unique. L'acquittement prononcé par une juridiction dont la décision est motivée doit s'imposer au civil, s'il est basé sur l'inexistence du fait reproché, ou sur l'absence de participation de l'inculpé ; mais il ne s'imposera pas s'il est fondé uniquement sur le doute qui subsistait sur la participation de l'inculpé (2). Au contraire, l'acquittement ne met pas obstacle à ce que l'accusé soit déclaré responsable de la dis-

(1) Montpellier, 7 mai 1900, précité. Comp. Trib. civ. Béziers, précité.

(2) Comp. : Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, S. 1904. 1. 132.

parition du testament par les juges civils s'il a été prononcé par une juridiction qui, comme la cour d'assises, ne motive pas ses décisions. En ce cas, l'acquittement ne prouve pas que la disparition n'est pas le fait de l'accusé, mais seulement que la société n'a pas trouvé opportun de prononcer une peine (1).

79. — Si les poursuites engagées se sont terminées par une ordonnance de non-lieu, ou, plus généralement, par une décision d'une juridiction d'instruction, la situation est la même que si aucune poursuite n'avait été commencée ; de telles décisions n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Mais comment alors le juge civil peut-il déclarer le dol de l'auteur présumé de la suppression ? L'art. 2268 C. civ. ne dit-il pas que la bonne foi est toujours présumée, et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ?

A cette objection, on peut répondre que la règle de l'art. 2268 ne doit pas être indistinctement appliquée. Si l'art. 2268 présume la bonne foi, c'est simplement parce que, dans le doute, il y a lieu de choisir entre la bonne et la mauvaise foi, et qu'il est moral, et peut-être exact, de supposer que la bonne foi prédomine. Mais cette règle est loin de correspondre toujours, et dans tous les cas, à la réalité, et l'appliquer sans distinction conduirait à des erreurs manifestes. Aussi, dès que les juges ont des indices leur permettant de déduire la bonne ou la mauvaise foi des parties, ils mettent de côté, et à juste titre, l'art. 2268.

Ainsi s'expliquent les décisions qui, au point de vue civil, déclarent auteurs de la destruction du testament des personnes non coupables au point de vue pénal. Mais encore faut-il au moins des indices : au cas où rien ne permet de déterminer la cause de la disparition, il est clair qu'on ne saurait parler de « destruction ». La disparition devrait alors être considérée comme une perte, et le légataire demandeur ne pourrait pas bénéficier des avantages intéressants attachés à la « destruction ».

(1) Comp. : Cour d'ass. Seine-Infér., 7 janvier 1892, et sur pourvoi, Crim. r., 12 mai 1892, précités. — Il faudrait toutefois excepter le cas où l'acquittement impliquerait l'absence de participation de l'inculpé.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PREUVE DE LA RÉUNION DES CONDITIONS D'EFFICACITÉ

80. — Lorsqu'il s'agit d'administrer une preuve, la première question qui se pose est de savoir à qui elle incombe ; un premier chapitre sera consacré au problème de la charge de la preuve. Le second chapitre traitera des différents procédés par le moyen desquels il sera possible de remplacer l'acte détruit, et d'établir qu'il est toujours efficace.

Toutefois, avant d'aborder cette étude, il convient d'examiner une question préliminaire. La preuve de l'efficacité des testaments disparus est, en principe, *admissible* (v. *supra*, Première Partie). Mais l'action est-elle toujours *recevable*, spécialement du point de vue de la prescription ? Tel est le point à déterminer.

Section préliminaire. — Recevabilité de la preuve.

81. — Pour arriver à démontrer l'efficacité du testament dont il se prévaut, et pour en obtenir l'exécution, le prétendu légataire a une action. Or, toutes les actions sont soumises à des prescriptions. Si donc le délai de prescription est écoulé, le légataire ne peut plus intenter son action. D'où l'intérêt de savoir jusqu'à quelle époque le légataire peut agir. Pour cela, il faut résoudre deux problèmes : quel est le délai de prescription ? et quel est son point de départ ?

§ 1. — *Délai de prescription.*

82. — 1° Lorsque le testament se trouve simplement perdu, la question est simple, car la situation est analogue à ce qu'elle serait s'il existait. Le légataire a un droit qu'il exerce contre les héritiers ou le légataire institué par un précédent testament, et rien ne vient modifier l'exercice de ce droit. On doit donc, comme au cas où le testament existe, étendre l'art. 789 C. civ. qui prévoit que la faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par 30 ans. Ce texte n'est en effet que l'application du droit commun, posé par l'art. 2262 C. civ., droit commun qui ne pourrait être écarté que par une disposition expresse, ou comme conséquence d'un principe contraire, ce qui n'est pas le cas ici.

83. — 2° Mais le problème devient plus délicat lorsque l'anéantissement du testament provient d'une destruction frauduleuse. En effet, il n'y a pas seulement, dans ce cas, une simple action civile en exécution. La destruction frauduleuse d'un testament est une infraction pénale, prévue et punie par l'art. 439 C. pénal (1). Suivant qu'il s'agit d'un testament authentique ou d'un testament olographe, il y a crime, ou délit. Or les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, joignant l'action publique et l'action civile, décident que l'action civile ne peut plus être intentée après l'expiration du délai prévu pour l'exercice de l'action publique, délai qui est de dix ans pour les crimes, de trois ans pour les délits. Est-ce à dire que l'on ne pourra plus, en cas de destruction frauduleuse d'un testament, demander son exécution après dix ans, lorsque le testament était authentique, et après trois ans seulement s'il était olographe ?

On a fait valoir, en faveur de cette solution, les motifs qui ont déterminé les règles posées dans les art. 637 et 638

(1) A la destruction, il faut assimiler la dissimulation frauduleuse du testament, qui donne ordinairement lieu à l'application soit de l'art. 379 C. pénal (vol), soit de l'art. 408 C. pén (abus de confiance), soit de textes plus spéciaux (art. 173, 254 à 256 C. pén.).

C. instr. crim. Si on permettait, disait-on, de disjoindre les deux actions, on pourrait voir, devant les tribunaux civils, administrer la preuve de la destruction frauduleuse d'un testament sans que le ministère public puisse poursuivre le coupable, et celui-ci pourrait avouer sa faute, ou même s'en prévaloir : qu'importerait pour lui, puisqu'il serait sûr de son impunité ? C'est ce scandale, dit-on, que le législateur a voulu éviter, et il a fait sagement.

Mais on a répondu que, si, par exemple, la destruction a porté sur un testament olographe, le scandale est bien tout aussi grand de voir un coupable jouir impunément du fruit de son délit, lorsque trois ans seulement se sont écoulés. Si la destruction ne s'est trouvée connue du légataire qu'après l'expiration de ce délai, le coupable va rester en possession envers et contre tout, alors que, si la disparition du testament avait été le résultat d'un cas fortuit, le légataire aurait pu réclamer pendant 30 ans ce à quoi il avait droit. L'interprétation proposée des articles 637 et 638 C. instr. crim. ne serait-elle pas une véritable prime à la mauvaise foi ?

84. — Dans des situations analogues, certains auteurs (1) ont pensé écarter ce résultat injuste en remarquant que le coupable ne pourrait pas opposer son délit, pour bénéficier de la prescription pénale plus courte, par application de la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Mais la justification est insuffisante. Au cas de destruction d'un testament, elle ne jouerait que lorsque l'action en exécution serait intentée contre l'auteur même du délit, c'est-à-dire au cas où le testament aurait été détruit par celui-là même qui devait bénéficier de la suppression : héritier *ab intestat* ou légataire précédemment institué. Elle ne jouerait plus lorsque le coupable serait un tiers, un domestique, par exemple ; bien qu'il y eût alors destruction frauduleuse, on ne pourrait plus opposer la maxime à l'héritier contre lequel on réclamerait l'exécution du testament, puisque cet héritier ne serait pas fautif. Et l'on aboutirait ainsi, pour la

(1) Aubry et Rau, 4e édit., t. 4, p. 753, texte et note 24.

même action, au système de prescription suivant : délai de 30 ans en cas de perte, et en cas de destruction frauduleuse par le bénéficiaire de la destruction ; délais de 3 ou 10 ans en cas de destruction par un tiers n'en bénéficiant pas. Distinctions qui sont au moins étranges !

85. — Aussi la jurisprudence, appuyée par la doctrine, a-t-elle trouvé un autre moyen. Elle a remarqué que l'art. 637 C. instr. crim. porte : « L'action publique et l'action civile *résultant* d'un crime... » L'action civile que visent les art. 637 et 638 c. instr. crim., c'est seulement celle qui *résulte*, qui *découle* de l'infraction. Or « parmi les actions civiles qui appartiennent à la victime d'une infraction pénale, il faut distinguer : 1° celles qui naissent directement de l'infraction et qui n'ont d'autre but que de réparer le dommage qu'elle a causé ; 2° celles qui ont une cause juridique autre que l'infraction, et qui existeraient alors même que celle-ci n'aurait pas été commise ; à ces dernières ne s'applique pas la prescription pénale » (1).

C'est dans cette catégorie que doit être rangée l'action en exécution du testament détruit. Ce que demande le prétendu légataire, c'est non pas la réparation du délit, c'est-à-dire des dommages et intérêts, mais l'exécution du testament ; son droit préexiste au délit, et peut être établi sans invoquer l'infraction, ou, tout au moins, en n'en parlant que tout à fait accessoirement, indirectement. L'action a sa base non dans le fait délictueux, mais dans le testament, et elle existerait tout aussi bien si le fait délictueux n'avait pas été commis, par exemple si le testament existait, ou était disparu par cas fortuit.

Aussi a-t-il été à bon droit jugé que lorsqu'est demandée l'exécution d'un testament olographe frauduleusement détruit, la seule prescription opposable est non celle de 3 ans, mais celle de 30 ans (2). Bien que cet arrêt ait été rendu dans une espèce où le testament avait été détruit par un domestique (c'est-à-dire par un autre que le défendeur)

(1) M. Nast, note au D. P. 1910. 1. 201.
(2) Rouen, 29 déc. 1875, D. P. 77. 2. 1, S. 77. 2. 166.

et que les observations au Dalloz sous cette décision relèvent soigneusement cette circonstance, il n'est pas douteux que cette solution ne soit générale, et ne s'étende au cas où le testament a été détruit par l'héritier ou le légataire qui a bénéficié de la destruction. L'évolution de la jurisprudence depuis le moment où a été rendue cette décision est particulièrement significative : si l'action en revendication est bien possible pendant 30 ans contre le voleur (1), pourquoi en serait-il différemment de l'action en exécution du testament contre l'héritier fautif (2) ?

§ 2. — *Point de départ du délai.*

86. — Lorsque le testament est perdu, le point de départ du délai de prescription est, en principe, le jour de l'ouverture de la succession. Là encore, rien ne vient modifier le droit commun de l'art. 789 C. civ.

Le point de départ est-il le même quand le testament a été détruit ? Le doute entre le jour d'ouverture de la succession, et le jour où le testament a été détruit (3) aurait été possible si la prescription à appliquer avait été la prescription pénale. Mais la prescription civile est seule applicable, puisque la demande du légataire tend à l'exécution du testament, et non à la réparation du délit (*suprà*, n° 85). Par suite, la prescription étant, en cas de destruction frauduleuse, de même nature qu'en cas de perte, le point de départ du délai restera dans les deux cas le jour de l'ouverture de la succession. Il en sera ainsi, bien entendu, même lorsque

(1) Civ., 7 février 1910, D. P. 1910. 1. 201.

(2) En ce sens : Bartin, sur Aubry et Rau, 5e édit., t. 10, § 647, p. 453, texte et note 8 *quater*.

(3) C'est en effet ce moment qui est adopté par la jurisprudence pour point de départ de la prescription pénale : Rouen, 29 déc. 1875 (solut. implic.), précité ; Crim., 18 mars 1909, D. P. 1911. 5. 58. Cette solution paraît inexacte au cas où, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Rouen, la destruction est antérieure au décès du testateur. En effet, jusqu'à ce moment, les éléments constitutifs du délit ne sont pas complètement réunis, puisque c'est seulement lors du décès qu'on pourra savoir si le testament n'a pas été révoqué, ou si sa destruction n'a pas été approuvée par le testateur, faits qui, en ôtant toute valeur au testament, auraient enlevé tout fondement à une poursuite.

la destruction du testament sera postérieure à l'ouverture de la succession : l'action du légataire, étant indépendante du délit, ne peut pas être influencée par lui (1).

87. — L'hypothèse de la disparition du testament donne un certain intérêt à un problème qui divise la doctrine, et qui est de savoir, au cas où le légataire n'a pas immédiatement connaissance de sa vocation, si le délai ne commence pas à courir du jour seulement où il en est avisé. Ce problème paraît devoir se poser ici plus fréquemment qu'en toute autre situation, le légataire pouvant ignorer souvent l'existence et la disparition du testament qui l'instituait. Bien que l'opinion contraire ait des appuis tant en doctrine qu'en jurisprudence, il semble plus exact de déclarer, avec les auteurs récents, que le délai de 30 ans ne commence à courir que lorsque le légataire a connaissance du legs fait en sa faveur. Mais, à la vérité, la longueur du délai enlève à peu près tout intérêt pratique à la question ; il semble que rares doivent être les légataires qui aient besoin d'un délai de plus de 30 ans depuis la mort du *de cujus* pour faire valoir leurs droits. A ce moment-là, les faits qu'ils pourraient invoquer seront bien estompés, et les preuves fort difficiles à fournir. On ne voit guère, en pratique, comment le légataire pourrait triompher ; mais (à supposer que la question se pose jamais) ces difficultés ne feront qu'augmenter l'intérêt qui s'attache à la détermination de la charge de la preuve.

(1) En ce sens : Lyon, 23 mars 1906, P. F. 1907. 2. 158.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CHARGE DE LA PREUVE

88. — La question de la charge de la preuve, qui apparaît au premier abord comme purement théorique, revêt en pratique une importance considérable. Tout l'avantage appartient au plaideur dispensé de cette lourde charge, qui se borne à attendre de pied ferme la démonstration que tentera de faire son adversaire. C'est particulièrement vrai dans les procès de perte ou de destruction de testament. Le mode de preuve préconstitué (le testament) étant perdu, il faudra que celui qui est chargé de la preuve rassemble les éléments épars qui pourront se trouver : titres, s'il en existe ; témoins, ordinairement peu disposés à parler ; présomptions plus ou moins précises, et plutôt moins que plus, — qu'il fasse un faisceau de tout cela pour faire naître la certitude de son bon droit dans l'esprit de juges souvent quelque peu sceptiques. Ce n'est pas une situation enviable. Aussi conçoit-on que des discussions passionnées aient eu lieu sur ce point, discussions qui, après plus d'un siècle, ne sont pas encore closes.

Comme en toute autre matière, le demandeur a la charge de la preuve, mais cette règle comporte des limitations, et même une exception notable apportée par la jurisprudence, en ce qui concerne la validité du testament.

Section I. — Principe : Preuve à la charge du demandeur.

89. — Il est constant que celui qui invoque un droit doit le prouver ; l'art. 1315 de notre Code civil ne fait que continuer une tradition fort ancienne, dont l'équité est indiscutable. Aussi n'est-il pas douteux qu'il appartient au léga-

taire qui se prévaut d'un testament détruit de prouver son droit, c'est-à-dire son titre de légataire. Il devra établir la réunion des conditions d'efficacité ci-dessus déterminées (*suprà* première Partie) : prouver qu'il existait un testament, que celui-ci a été perdu ou détruit, qu'il était valable et contenait un legs à son profit. C'est seulement si ces conditions sont réunies que le testament est resté efficace et que le legs qu'il contenait peut être exécuté. La preuve de tous ces faits est donc, en principe, à la charge du demandeur, c'est-à-dire du légataire.

Mais là ne se bornent pas ses obligations. Pour établir son droit il peut se servir de différents modes de preuve (*infrà* n° 115). Or, tous ces modes ne peuvent pas être employés en n'importe quelles circonstances ; la loi a prévu, tout au moins pour certains d'entre eux, des conditions plus ou moins strictes. Si le légataire a le choix entre différents moyens, encore faut-il qu'il établisse qu'il se trouve dans les conditions exigées pour la recevabilité de celui qu'il a choisi. C'est là une application du droit commun : le légataire prétend avoir droit à tel mode de preuve, il doit établir son droit.

Cette obligation n'a jamais soulevé de difficultés, pas plus d'ailleurs que la mise à la charge du légataire de la preuve du contenu du testament (1). Mais il n'en va plus de même en ce qui concerne l'existence du testament, sa perte ou sa destruction, et sa validité. Pour toutes ces questions, le problème est plus complexe, et, par suite, l'application de la règle mettant la preuve à la charge du demandeur ne peut plus être générale.

Section II. — **Limitations au principe.**

90. — Pour déterminer les limitations à apporter à la règle ci-dessus, il est nécessaire de faire une remarque : la

(1) Bordeaux, 24 mai 1813, D. J. G., v° *Dispos. entre vifs*, 2529 ; Poitiers, 18 mars 1885 (sous Req., 16 juillet 1885), D. P. 86. 1. 289 ; Lyon, 15 février 1888, D. J. G., S, v° *Disp. entre vifs*, 620 ; Riom, 8 août 1898, et sur pourvoi : Req., 25 juillet 1900, D. P. 1901. 1. 358, S. 1901. 1. 142.

procédure poursuivie sur la demande du légataire institué par un testament disparu a un double but : en premier lieu de « reconstituer » le testament, c'est-à-dire d'en rétablir les formes et la teneur ; en second lieu d'en ordonner l'exécution. Il faut d'abord établir tout ce qui serait résulté de l'examen du testament, s'il avait été représenté, c'est-à-dire les formalités ou conditions intrinsèques à l'écrit lui-même. Puis, s'il y a lieu, on tranchera les difficultés relatives à l'existence (questions de révocation), à la validité (questions de capacité du testateur et du légataire, de consentement, etc...) et au contenu (interprétation des clauses) du testament, difficultés qui auraient pu tout aussi bien se poser si le testament avait été représenté. Ordinairement, ces questions seront soulevées au cours de l'instance et tranchées par le même jugement que les questions relatives à la reconstitution du testament. Mais, malgré leur liaison matérielle, ces deux ordres de difficultés correspondent à deux stades différents qu'il importe de distinguer : la question de la reconstitution correspond à la production d'un testament existant ; la question d'efficacité proprement dite ne lui est que subséquente, comme elle le serait à la production du testament si celui-ci était représenté.

Or, lorsque le testament peut être représenté au décès du *de cujus*, il appartient bien au légataire de le produire pour établir son existence, sa régularité et son contenu ; mais les contestations qui peuvent s'élever relativement à l'efficacité du testament et à sa mise à exécution obéissent à leurs règles de preuve propres. Il est bien certain, par exemple, que c'est celui qui s'inscrit en faux contre un acte authentique qui doit établir la véracité de ses allégations.

91. — Il doit en être de même quand le testament n'existe plus, ce fait ne pouvant pas modifier les règles relatives à la charge de la preuve. La demande en exécution du legs se tranche en deux stades successifs (*suprà*, n° 90). Dans le premier stade, il est hors de doute que la preuve est bien et uniquement à la charge du légataire demandeur, comme est à sa charge la production du testament quand celui-ci existe. Mais, au contraire, pour toutes les questions rele-

vant du second stade, il y a lieu d'appliquer les règles normales de la preuve. C'est ce que ni la doctrine ni la jurisprudence ne paraissent avoir clairement aperçu : la première affirme catégoriquement le principe que la preuve est à la charge du demandeur, sans y prévoir de limitation ; la seconde montre, à l'analyse, la plus grande confusion. C'est pourquoi il convient d'en classer les solutions, dans les trois cas discutés de l'existence du testament, de son anéantissement, et de sa validité.

§ 1. — *Existence du testament.*

92. — La question de l'existence (juridique) du testament ne présente pas de particularités lorsque sa disparition est postérieure au décès du testateur. Il est clair qu'alors elle ne peut pas avoir pour résultat la révocation du testament. Au contraire, lorsque cette disparition est antérieure au décès du testateur, elle doit être regardée comme une révocation tacite du testament, si elle provient de son fait volontaire, ou si elle a été approuvée par lui (*suprà*, n° 44). Il se peut que la cause de la disparition soit établie, mais il se peut aussi qu'elle ne le soit pas, puisqu'elle n'est pas indispensable (*suprà*, n° 66). Or, au cas où la cause de la disparition, qu'on sait antérieure au décès du *de cujus*, n'est pas rapportée, ne pourra-t-on se demander si cette disparition ne provient pas de son fait? Il faut absolument que l'on sache à quoi s'en tenir sur ce point. Mais à qui imposera-t-on la preuve que la disparition provient, ou non, du fait volontaire du testateur, ou qu'elle a, ou non, été connue de lui ? Sera-ce au légataire demandeur ou à l'héritier défendeur ?

Certaines décisions (1) ont mis cette preuve à la charge du légataire demandeur, par application pure et simple de l'art. 1315 C. civ. Il faut en rapprocher de très nombreuses décisions de cours d'appel et de tribunaux (2) qui, au cas où

(1) Lyon, 15 février 1888, D. J. G., S, v° *Disposit. entre vifs*, 620 ; comp. : Poitiers, 18 mars 1885 (sous Req., 16 juillet 1885), D. P. 86. 1. 289.

(2) Douai, 26 mai 1838, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2643, S. 38. 2. 262 ; Orléans, 15 mai 1889, D. P. 90. 2. 242 ; Paris, 27 mars 1897 (sous

le testament a été raturé ou lacéré, déclarent qu'il appartient au légataire qui désire bénéficier du testament, de prouver que les ratures ou la lacération ne sont pas le fait du testateur.

93. — Mais la solution donnée par ces décisions est inexacte. Du moment que l'altération du testament par le testateur (soit, par destruction totale, soit par bâtonnement) est envisagée comme une révocation tacite du testament, c'est à celui qui se prévaut de cette révocation de la prouver. Si, en effet, la révocation résultait d'un testament nouveau, ou d'un acte devant notaires, ou d'une vente de la chose léguée, il n'est pas douteux que celui qui en bénéficierait devrait produire cet acte pour justifier de son droit. Lorsque le légataire représente un testament, il ne viendrait à l'idée de personne d'exiger de lui la preuve que cet acte n'a pas été révoqué. Il doit en être de même en cas de destruction, dès lors que celle-ci est considérée comme une révocation : le légataire doit établir que son titre a eu, à un moment donné, une existence juridique : ce n'est pas à lui de prouver qu'il n'a pas été révoqué. C'est bien ce qu'a décidé la Cour de cassation (1) en mettant, dans ses motifs, à la charge des héritiers défendeurs, la preuve du fait que le testateur avait connu la disparition de son testament survenue par cas fortuit.

Contrairement à une affirmation courante, cet arrêt n'est pas contredit par d'autres arrêts de la même chambre (d'ailleurs antérieurs) statuant sur des cas de bâtonnement ou de lacération de testament (2). Ces arrêts, si on les examine de près, ne décident pas qu'il appartient au légataire de faire la preuve que la cancellation n'est pas le fait du testateur, mais uniquement qu'il lui incombe de démontrer qu'il a

Req., 14 mars 1899), D. P. 99. 1. 406 ; Trib. civ. Marseille, 10 nov. 1932, D. H. 1933. 16, *Rép. gén. not.*, 1933, art. 23.551 (et référ.).

(1) Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 20.416.

(2) Req., 12 janv. 1833, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2634 ; Req., 15 janvier 1834, D. J. G., *eod. v°*, 2640 ; Req., 21 février 1837, D. J. G., *eod. v°*, 2642 ; Req., 10 juin 1890, S. 90. 1. 507 ; Req., 14 mars 1899, D. P. 99. 1. 406.

réellement existé un testament valable (1). Dans les cas qui ont été soumis à la Chambre des Requêtes, le testament représenté était, pour employer l'expression d'un des arrêts, « une pièce informe », ou, tout au moins, un acte dont on pouvait se demander, étant donné son état, s'il n'était pas un simple projet. Or il appartient au légataire, s'il ne produit pas un titre valable, de reconstituer tout au moins ce titre ; tel était le rôle qui lui incombait, dès lors qu'il ne représentait qu'un titre insuffisant pour établir ses droits. Mais, s'il avait établi que l'acte bâtonné qu'il produisait avait été réellement un testament, ç'aurait été à l'héritier défendeur d'établir que la cancellation venait bien du testateur. L'arrêt précité du 21 janvier 1908 le montre clairement. Les juges du fait ont donc été trop loin en mettant à la charge du légataire la preuve de la non-révocation du testament.

On ne doit même pas accueillir la théorie d'après laquelle la cancellation serait présumée l'œuvre du testateur si le testament raturé ou lacéré était retrouvé au domicile du *de cujus*, et dans ses papiers (2). Car c'est là seulement une simple présomption, et, ainsi que l'a décidé à juste titre la Cour de cassation, de simples présomptions ne sauraient suffire pour révoquer un testament (3).

Aussi paraît-il plus exact de dire que le légataire doit uniquement démontrer l'existence et la régularité du testament, mais tout fait, quel qu'il soit, valant révocation, doit être établi par celui qui s'en prévaut, puisqu'alors celui-ci invo-

(1) Plusieurs de ces arrêts décident seulement qu'il appartient aux juges du fait de déclarer que les ratures proviennent ou non du fait du testateur : Req., 15 janvier 1834, 10 juin 1890, 14 mars 1899, précités. L'appréciation des juges du fait, étant souveraine, ôte toute utilité au contrôle de la Cour de cassation sur la charge de la preuve.

(2) V. pourtant : Montpellier, 26 nov. 1924, *Gaz. Pal.*, 1925. 1. 394 ; Aubry et Rau, 4e édit., t. 7, § 725, p. 527 ; Josserand, t. 3, n° 1655. Comp. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, t. 2, nos 2785, 2786. Cette opinion nous vient de l'ancien droit : Furgole, *Tr. des testaments*, ch. 11, n° 80 ; Merlin, *Rép. de jurisp.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4. — V. *contra* : Douai, 26 mai 1838, D. J. G., v° *Disp. entre vifs*, 2643, S. 38. 2. 262. — Bien entendu, il faut mettre à part le cas où l'examen des ratures prouve qu'elles sont le fait du testateur.

(3) Civ., 20 mai 1812, D. J. G., v° *Dispos. entre vifs*, 3348 ; Civ., 5 mai 1824, D. J. G., *eod. v°*, 4291 ; Req., 23 février 1914, D. P. 1914. 1. 311.

que le droit qui, par l'effet de la révocation, s'est ouvert à son profit (1).

§ 2. — *Perte du testament.*

94. — La même distinction doit être faite en ce qui concerne la perte du testament. Pour justifier de son droit à un mode de preuve autre que la production du titre original lui-même, le légataire doit établir l'inexistence matérielle de celui-ci.

Mais cette inexistence seule ne suffit pas. Il faut encore que la disparition ne provienne pas du fait ou de la faute du testateur ou du légataire (*suprà*, n° 67 et s.). Le cas de suppression du testament par le testateur ayant été examiné (*suprà*, n° 92), il reste seulement le cas de disparition du testament par le fait ou la faute du légataire.

Le demandeur n'a aucune preuve à faire de ce chef. C'est au contraire à l'héritier défendeur qu'il appartient d'établir que la disparition provient du fait ou de la faute du légataire (2), car, en éteignant le droit de celui-ci, cette circonstance ouvre le droit de l'héritier, et c'est à lui d'établir l'ouverture de ce droit.

Cependant, le légataire doit démontrer qu'il se trouve dans les conditions voulues pour la recevabilité du moyen de preuve qu'il a choisi (*suprà*, n° 89). Par application de ce principe, la règle ci-dessus posée peut se trouver renversée ; c'est ce qui se produit notamment au cas où le légataire invoque le bénéfice de l'art. 1348-4° (*infrà*, n° 139), ou de la loi du 15 décembre 1923 (*infrà*, n° 128).

(1) En ce sens : Savatier, *Revue trimestr. de droit civil*, 1928, p. 470.

(2) Req., 10 nov. 1830 (motifs), D. P. 1831. 1. 77. — Il semble en effet difficile de mettre à la charge du légataire la preuve qu'il est étranger à la disparition du testament, puisque c'est là un fait purement négatif. Cependant, il pourrait sembler que la Cour de cassation a consacré la solution contraire par l'arrêt : Civ., 16 mai 1923, D. P. 1926 1. 29, S. 1923. 1. 337, *Gaz. Pal.*, 1923. 2. 158. Mais c'est uniquement parce que cet arrêt s'appuie sur les art. 1348 et 1353 C. civ. (sans toutefois les viser en fait ; v. *suprà*, n° 66, en note), lesquels articles imposent au demandeur l'obligation de démontrer que la perte provient d'un cas fortuit et de force majeure (v. *infra*, n° 139).

§ 3. — *Validité du testament.*

95. — Beaucoup plus délicat est le problème de la charge de la preuve en ce qui concerne la validité du testament. Il est indubitable que le légataire doit établir la *régularité* de son titre, c'est-à-dire sa conformité aux règles légales. Mais cette reconstitution faite par le légataire n'est que l'analogue de la production du testament. Or celle-ci ne démontre qu'une régularité apparente, régularité que les intéressés pourront toujours contester. Il en est de même en cas de reconstitution. Ce qui doit être établi, c'est, s'il s'agit d'un testament authentique, que les formalités édictées par la loi de ventôse an XI paraissent avoir été respectées; s'il s'agit d'un testament olographe, qu'il était écrit, daté et signé d'une écriture paraissant être celle du testateur. La preuve de ces faits est sans aucun doute à la charge du légataire. Une doctrine unanime et une jurisprudence constante l'affirment (1).

Mais, si les héritiers, ou les légataires précédemment institués contestent cette régularité, doit-il encore en être de même? La plupart des auteurs et des décisions déclarent catégoriquement que le légataire doit établir la « validité » de son testament, ce qui paraît devoir s'entendre de la validité complète, de l'observation de toutes les solennités. Mais il y a là une généralisation excessive d'un arrêt de la Chambre civile du 17 février 1807 (2), et la solution à donner semble devoir être plus nuancée.

Il est nécessaire de distinguer entre le testament authen-

(1) Duranton, t. 9, n° 48; Demolombe, *Donat. entre vifs*, t. 4, n° 32; Laurent, t. 13, n° 116; Aubry et Rau, 5e édit., t. 10, § 647, p. 451, texte et note 5; A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1134-*b*-β; Planiol, Ripert et Trasbot, t. 5, n° 527, p. 544, note 6; Civ., 17 février 1807, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2523, S. 07. 1. 97, P. 07. 1. 449; Rouen, 18 juin 1877, D. P. 77. 2. 181, S. 77. 2. 318; Poitiers, 18 mars 1885 (sous Req., 16 juillet 1885), D. P. 86. 1. 289; Lyon, 15 février 1888, D. J. G., S., v° *Disposit. entre vifs*, 620; Nancy, 2 juin 1899, D. P. 99. 2. 263, S. 1900. 2. 94; Bordeaux, 31 oct. 1910, *Rec. Bordeaux*, 1911. 1. 14; Montpellier, 9 nov. 1925, *Mon. jud. Midi*, 1926. 1; Nancy, 31 janvier 1929, *Rec. Nancy*, 1929, n° 60.

(2) Civ. c., 17 février 1807, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2523, S. 07. 1. 97, P. 07. 1. 449.

tique, et le testament olographe, les règles posées pour chacun d'eux devant s'appliquer distributivement au testament mystique, sous réserve des dispositions propres à ce dernier.

A. — *Testament authentique.*

96. — S'agit-il d'un testament authentique? Le légataire doit établir la conformité du testament aux règles légales. La question ne paraît avoir été posée devant nos tribunaux qu'à l'extrême fin de l'ancien droit : un testament authentique ayant été détruit lors d'un incendie, le légataire soutint qu'étant donnée la foi qui s'attache aux actes notariés, il était dispensé d'en prouver la régularité. La Cour de Besançon admit ce système (1), mais sa décision fut cassée à juste titre (2) : s'il est exact, en effet, que les actes authentiques jouissent d'une situation privilégiée, cela n'est vrai qu'autant qu'ils sont réguliers. Le légataire doit établir la régularité de son titre comme il le ferait s'il le représentait, et ce n'est qu'autant que cette régularité sera démontrée que l'on pourra parler de titre authentique.

1° Le légataire devra établir que le titre contenait mention de l'accomplissement de toutes les formalités prévues par la loi. Mais il est inutile qu'il démontre que ces formalités ont été réellement accomplies; il suffit que le notaire ait affirmé qu'elles l'ont été, car la représentation même du titre ne prouverait pas autre chose. En particulier, en ce qui concerne les formalités prévues par l'art. 972 C. civ. (écriture par le notaire, et lecture au testateur en présence des témoins), il ne sera pas nécessaire que le légataire démontre que les choses se sont réellement passées ainsi; il suffira qu'il prouve que le titre perdu contenait la mention expresse (prévues par le même article) que ces exigences avaient été observées.

(1) Besançon, 13 messidor an XII, D. J. G., v° *Dispos. entre vifs*, 2523. Cet arrêt invoque d'ailleurs le droit romain : *Sciendum est generaliter quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta* (30, Dig., *De verborum obligationibus*, XLV, 1, Ulp.).

(2) Civ. c., 17 février 1807, précité. La loi romaine invoquée fut déclarée inapplicable aux testaments.

97. — On l'a parfois contesté, en disant que le testament n'a aucune valeur tant que sa validité n'a pas été complètement établie (1). Et l'on invoque en ce sens l'arrêt précité de la Chambre civile du 17 février 1807 qui déclare que la Cour d'appel n'avait pu « en reconnaissant l'insuffisance des dépositions des témoins pour prouver l'accomplissement de toutes les formalités requises pour la validité d'un pareil acte », ordonner l'exécution du testament.

Mais ce raisonnement n'est point exact puisque, si le testament était produit, la mention prévue par l'art. 972 C. civ. serait considérée comme suffisante, et que ce serait, en cas de discussion, non au légataire d'établir sa véracité, mais à l'héritier de démontrer sa fausseté.

Quant à l'arrêt du 17 février 1807, il suffit, pour fixer sa portée, de rapporter ce qu'en disait le Procureur-général Merlin dans des conclusions préalables à un arrêt de la Chambre civile du 21 juin 1814. L'espèce de cet arrêt était la suivante : un acte de mariage avait été détruit; la Cour d'appel avait établi que la formule rituelle : « Au nom de la loi, vous êtes unis par le mariage » existait dans l'acte détruit, mais l'arrêt était muet sur le point de savoir si la formule avait été réellement prononcée par l'officier de l'état civil. La partie condamnée se pourvut en cassation sur ce moyen, en invoquant l'arrêt du 17 (ou 16) février 1807. Le Procureur-général Merlin conclut au rejet du moyen en ces termes (2) : « Si, dans l'affaire sur laquelle a été rendu l'arrêt de la Cour du 16 février 1807, les sieurs Delatour avaient fait entendre des témoins qui eussent déposé avoir vu le testament de 1787, et y avoir remarqué qu'il contenait la mention expresse de toutes les formalités prescrites par l'art. 5 de l'ordonnance de 1735, la Cour aurait-elle pu juger comme elle l'a fait? Aurait-elle pu casser l'arrêt de la Cour de Besançon qui avait ordonné l'exécution du testament? Aurait-elle pu le casser sous le prétexte que les témoins instrumentaires du testament même n'auraient rien dit, dans leurs dépositions, de l'accomplissement de ces formalités? — Nous

(1) Comp. : Nancy, 31 janvier 1929, *Rec. Nancy*, 1929, n° 60.
(2) Merlin, *Répert. de jurispr.*, v° *Mariage*, sect. 5, § 2, n° 6, p. 635.

ne craignons pas d'être contredit en assurant que non ; et en effet, le silence des témoins instrumentaires sur l'accomplissement des formalités n'aurait pas pu l'emporter sur l'assertion positive d'autres témoins déposant qu'une mention authentique de l'accomplissement des formalités avait passé sous leurs yeux ». Puis remarquant que, si l'acte avait été représenté, les parties qui l'auraient contesté auraient dû employer la voie de l'inscription de faux, il constate qu'en prenant cette voie, ces parties n'auraient pas pu se prévaloir du silence qu'auraient gardé les témoins sur le fait de l'accomplissement des formalités, car « le silence de ces témoins ne formerait pour elles qu'une conjecture, et une conjecture ne peut pas faire fléchir la preuve légale et complète qui résulte d'un acte public ». A défaut de la preuve positive que les formalités n'ont pas été observées, rien ne pourrait les empêcher de succomber. Or, ajoute Merlin, le fait que l'acte est disparu ne peut pas améliorer la condition des demandeurs en cassation, ne peut pas empirer celle des défendeurs (1).

Il n'y a rien à ajouter à ce remarquable exposé. Il paraît donc bien certain que le légataire n'ait à établir qu'une chose : seulement que l'acte constate l'accomplissement des formalités. Cette opinion seule est logique : supposons qu'un testament soit partiellement détruit, de telle sorte qu'il n'en subsiste plus que la formule finale ordinaire, dite « Dont acte », contenant la mention prévue par l'art. 972 C. civil. Il est clair que tout le monde admettra que cette mention fera foi de l'accomplissement des formalités ; pourtant elle ne donne pas une plus grande certitude relativement à cet accomplissement que la simple affirmation que cette mention existait, lorsque l'acte a été détruit totalement.

98. — 2° La discrimination ainsi faite conduit à approuver un arrêt de la Cour d'Aix du 15 novembre 1842 qui, au cas de disparition d'un testament authentique, en ordonna l'exécution sans que les légataires aient eu à faire la preuve de sa

(1) Conformément à ces conclusions, le pourvoi fut rejeté : Civ., 21 juin 1814, D. J. G., v° *Actes de l'état civil*, 143.

régularité (1). Sans doute, le motif invoqué « qu'il est toujours à présumer qu'un testament a été revêtu de toutes les formalités nécessaires à sa validité » est loin d'être convaincant, car des conjectures ne sauraient être suffisantes. Mais il y a lieu de remarquer que le testament, avant sa disparition, avait été enregistré. Or, il est traditionnellement admis que le receveur de l'enregistrement a un droit de contrôle sur les actes notariés, et qu'il doit relever, au moment de l'enregistrement, les irrégularités commises, aux fins de poursuite, s'il y a lieu. Le fait que, dans l'espèce soumise à la Cour d'Aix, le testament avait été enregistré sans donner lieu à procès-verbal valait témoignage, affirmation par le receveur que ce testament était rédigé conformément à la loi, qu'il était parfaitement régulier. C'est donc à tort, semble-t-il, que certains auteurs ont critiqué cet arrêt (2); sans doute, il n'était pas prouvé que les formalités légales eussent été réellement observées, mais il était certain que le titre était régulier en la forme : c'était la seule chose qu'avait à établir le demandeur.

99. — 3° Bien entendu, lorsque la régularité du titre aura été démontrée, il sera toujours possible aux héritiers de tenter d'établir que les mentions portées à l'acte ne correspondent pas à la réalité, que les formalités légales n'ont pas été vraiment observées. Mais cette possibilité ne change pas le caractère d'authenticité des mentions contenues dans l'acte perdu, la disparition de l'acte ne pouvant pas lui ôter sa nature d'acte authentique, ni diminuer la valeur des mentions qu'il contenait. Est-ce à dire que l'héritier qui cherche à démontrer la fausseté de ces mentions doive prendre la voie de l'inscription de faux? Non, sans aucun doute; outre qu'il est des plus douteux que cette procédure puisse être employée contre un acte disparu, ce serait là une complication inutile. Doctrine et jurisprudence sont d'accord pour admettre qu'un acte peut être rejeté dès l'abord sans qu'il soit besoin d'inscription de faux, si son inexactitude est

(1) Aix, 15 nov. 1842, P. 44. 2. 151.

(2) Laurent, t. 13, n° 116; D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2525; note sous Toulouse, 12 août 1862, D. P. 63. 2. 13.

dûment révélée par les documents du procès (1). Or, ou bien les faits allégués seront insuffisants pour établir la fausseté du testament (il en serait ainsi, rappelons-le, du simple silence des témoins instrumentaires pour l'accomplissement des formalités), et alors le testament doit être déclaré valable et maintenu ; ou bien, ils seront probants, et alors il doit être déclaré nul : c'est ainsi que, si un témoin instrumentaire déclarait n'être arrivé qu'à la fin de la rédaction du testament, le testament perdu devrait être annulé (2), même s'il avait été établi que le notaire avait constaté la présence régulière du témoin à l'acte, car cette mention serait fausse par le fait même.

B. — *Testament olographe.*

100. — La question est beaucoup plus simple en ce qui concerne le testament olographe. Même lorsque celui-ci est représenté, l'héritier peut toujours déclarer qu'il ne connaît pas l'écriture du testateur, le testament olographe n'étant qu'un acte sous seing privé (art. 1323, C. civil). C'est alors au légataire qui se prévaut du testament de démontrer que ce dernier a réellement été écrit par le *de cujus* (3). Sans doute, la question ne se présente plus exactement de la même façon, lorsque ce testament est perdu. Mais il n'est certainement pas suffisant d'établir que le testament était écrit, daté, et signé ; il faut encore établir qu'il avait réellement été écrit par le testateur, sans quoi on ne pourrait pas l'exécuter. Par analogie avec ce qui se passe lorsque le testament est représenté, il faut décider que c'est au légataire d'établir la réalité de l'écriture par le testateur, tout aussi bien que la date, et le fait qu'il était signé. Ici, la

(1) Civ., 9 février 1903, D. P. 1904. 1. 17, avec la note de M. Glasson ; Req., 25 février 1908, D. P. 1908. 1. 499.

(2) En ce sens : Nancy, 31 janvier 1929, *Rec. Nancy*, 1929, n° 60.

(3) La Cour de cassation en excepte bien le cas où le légataire universel est saisi ou envoyé en possession ; mais, outre que cette exception est condamnée par la doctrine, elle paraît abandonnée par la jurisprudence récente (Paris, 30 juin 1932, D. H. 1932. 436, J. N. 1933, art. 37 398, p. 25).

validité du testament doit être entièrement démontrée par le légataire (1).

Section III. — **Exception au principe.**

101. — Au principe que la preuve est à la charge du demandeur, la jurisprudence apporte une notable exception : au cas où le défendeur, c'est-à-dire l'héritier ou le légataire universel contre lequel la preuve est conclue, a lui-même détruit le testament, le légataire est dispensé d'en prouver la régularité. Ainsi en dispose une longue suite de décisions, dont la première paraît être un arrêt de la Cour de Poitiers du 22 janvier 1811 (2), confirmé par la Chambre civile de la Cour de cassation le 1er septembre 1812 (3). L'existence d'un testament étant prouvée, dit cet arrêt, les héritiers « ne sont ni recevables, ni admissibles à rejeter sur le défendeur (en cassation) la preuve de la légalité des formes dans lesquelles il a été rédigé, puisqu'il a été détruit par le propre fait des parties intéressées à sa destruction et

(1) Caen, 31 janv. 1856, sous Civ., 12 déc. 1859, D. P. 60. 1. 334; Poitiers, 18 mars 1885, sous Req., 16 juillet 1885, D. P. 86. 1. 289 ; Lyon, 15 février 1888, D. J. G,, S., v° *Dispos. entre vifs*, 620 ; Nancy, 2 juin 1899, D. P. 99. 2. 263, S. 1900. 2. 94; Bordeaux, 31 oct. 1910, *Rec. Bordeaux*, 1911. 1. 14.

(2) S. 11. 2. 153. Ce système avait déjà été présenté devant le Parlement de Paris, dans l'affaire Hatte, tranchée par arrêt du 3 avril 1677 (*Journ. aud.*, t. 3, liv. 4, ch. 12) mais l'arrêt ne porte pas sur ce point, le légataire n'ayant produit aucune preuve de l'existence d'un testament, à l'appui de ses affirmations.

(3) Civ., 1er sept. 1812, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2526, S. 1813. 1. 133. Depuis cette époque, voy. : Riom, 17 nov. 1821 (sol. impl.), D. J. G., *eod. v°*, 2519 ; Poitiers, 19 février 1889, *La Loi* du 22 février 1889 ; Agen, 13 juin 1892, *Rev. not.*, 1892, n° 8730, p. 607 ; Nancy, 22 juin 1895 et 2 mai 1896, S. 96. 2. 263 ; Req., 25 oct. 1897, D. P. 98. 1. 56, S. 98. 1. 128 ; Douai, 1er avril 1899, *Rev. not.*, 1899, n° 10.371, p. 747 ; Besançon, 12 juillet 1899, P. F. 1901. 2. 281 ; Montpellier, 7 mai 1900, et sur pourvoi : Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, S. 1904. 1. 132 ; Nancy, 23 mars 1904, *Rec. Nancy*, 1904. 124 ; Trib. civ. Béziers, 23 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 103. La même présomption est appliquée par le droit pénal : Crim., 4 oct. 1816, D. J. G., v° *Dommages-Destruct.*, 200 ; Crim., 15 mars 1929, S. 1930. 1. 353, avec la note de M. Roux, *Rev. crit.*, 1930, p. 285, observations de M. Trasbot.

à son anéantissement, ce qui suffit pour justifier la présomption de droit que ledit testament olographe était revêtu de toutes les formes capables de lui faire produire tout son effet ».

Mais, bien que de nombreux auteurs aient adhéré à cette jurisprudence, elle n'a pas paru justifiée à MM. A. Colin et Capitant : « Une telle distinction, disent-ils, nous paraît absolument arbitraire, et nous estimons que la preuve de la régularité incombe dans tous les cas au demandeur, le testament, à supposer son existence démontrée, n'ayant aucune valeur légale tant que sa conformité aux règles du Code n'a pas été établie » (1). Cette critique ne peut manquer de faire impression ; aussi est-il nécessaire de rechercher tout d'abord si la solution de la jurisprudence est justifiée.

§ 1. — *Justification de la jurisprudence.*

102. — Au premier abord, on peut se demander quel est le motif qui a déterminé les tribunaux. La Cour de cassation se borne à affirmer : la destruction du testament par les héritiers « suffit pour justifier la présomption de droit » que ce testament était régulier, dit seulement la Chambre civile (2). Mais pourquoi le fait de la destruction suffit-il ? L'arrêt ne le dit pas. Et la doctrine est tout aussi concise : elle enregistre la solution : c'est tout (3). Rapportant les opinions doctrinales émises de son temps, toutes approuvant la jurisprudence, mais toutes sans essayer de la justifier, Laurent ne peut s'empêcher de dire : « L'exception est fondée en équité, mais nous demandons un motif juridique » (4).

(1) A. Colin et Capitant, t. 3, n° 1134.

(2) Civ., 1er sept. 1812, précité.

(3) Toullier, t. 5, n° 666 ; Troplong, *Donat. et testam.*, t. 3, n° 1452 ; Demolombe, *Donat. et testam.*, t. 4, n° 32 ; Aubry et Rau, t. 10, § 647, p. 451, texte et note 6 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donat. et testam.*, n° 1868.

(4) Laurent, t. 13, n° 117.

103. — 1° Il n'est pas douteux, en effet, que l'exception ne soit fort équitable, et cette considération d'équité est certainement pour quelque chose dans la détermination des tribunaux. Au cas où l'anéantissement du testament provient du fait du défendeur, la situation, en effet, est pour eux la suivante : ils ont devant eux une victime : le légataire, et un coupable : le défendeur. La preuve de la validité ou de la nullité du testament doit être nécessairement à la charge soit de l'un, soit de l'autre. Tout naturellement, ils sont portés à la mettre à la charge du défendeur fautif. N'est-il pas scandaleux, en effet, de voir celui-ci réclamer la preuve, quasi-impossible, de la régularité d'un acte que lui-même a détruit ?

Mais, et bien que certaines décisions invoquent expressément cette considération d'équité (1), elle n'est pas suffisante pour justifier la solution admise. Une interversion du fardeau de la preuve ne peut être obtenue qu'en vertu d'une disposition ou d'un principe formels ; la loi est la loi, et son application ne peut pas dépendre du plus ou moins grand intérêt dont sont dignes les plaideurs.

104. — 2° Il convient donc de rechercher si la théorie de la jurisprudence a une base juridique. Cette base, ce motif que Laurent réclamait, il va essayer de le donner. D'après lui (2), on s'est engagé sur une fausse voie : le légataire n'a qu'une chose à prouver : l'existence du testament. S'il le produisait, dit-il, ce serait au défendeur de prouver que cet acte est irrégulier. Quand il n'est pas produit, la preuve de la régularité est rejetée sur le demandeur, car alors le défendeur est dans l'impossibilité de prouver l'irrégularité d'un acte que le demandeur ne produit pas. Mais si la non-représentation vient du fait du défendeur, « il ne peut pas rejeter la preuve sur le légataire, parce que c'est à lui de prouver l'irrégularité, sauf lorsque l'acte n'est pas produit... Il n'est pas dans l'exception, il est dans la règle, car il ne

(1) V. motifs de Montpellier, 7 mai 1900, D. P. 1903. 1. 93. Comp. Savatier, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 1138.

(2) Laurent, *op. et loc. cit.*

peut pas se soustraire à la règle par son fait, alors surtout que ce fait est un délit ».

Cette justification paraît inexacte pour deux raisons. En premier lieu, le demandeur ne doit pas prouver seulement l'existence du testament. Il doit se mettre dans la même situation que s'il représentait l'écrit lui-même ; par suite, il doit établir les mêmes faits qui résulteraient immédiatement de sa lecture, notamment sa régularité.

En second lieu, il n'est pas complètement exact de dire que, si le testament était produit, ce serait au défendeur de prouver son irrégularité. Il en est bien ainsi lorsque le testament est authentique ; mais si le testament est olographe, l'héritier peut lui dénier toute valeur sans avoir à fournir aucune preuve, puisqu'il lui suffit de dire qu'il ne connaît pas l'écriture de son auteur (art. 1323, C. civ.). C'est alors au légataire d'établir que le testament a bien été écrit par le testateur (1). Il n'est donc pas possible de poser en règle générale que la preuve de l'irrégularité du testament est à la charge de l'héritier défendeur, puisque ce n'est pas toujours vrai, lorsque le testament est olographe. La justification proposée par Laurent ne peut donc pas être retenue.

105. — 3° Un second argument est invoqué par certains auteurs (2) et certaines décisions (3). Si la régularité du testament n'a pas besoin d'être prouvée par le demandeur en cas de destruction frauduleuse, si la présomption est en faveur de la régularité du testament, c'est parce que la partie défenderesse « a jugé bon de (le) faire disparaître, et qu'elle n'aurait pas eu à (le) supprimer si l'acte avait été irrégulier » (4). Le raisonnement présente quelque vraisemblance. L'héritier trouve un testament contenant un legs qui lui nuit : il le déchire. Mais pourquoi le déchire-t-il ?

(1) Tout au moins si le légataire n'est ni saisi, ni envoyé en possession. Comp. *suprà*, n° 100.

(2) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, n° 1868 ; Hugueney, *Rev. trim. dr. civil*, 1922, p. 674 ; Roux, note sous Crim., 15 mars 1929, S. 1930. 1. 354, 3e colonne.

(3) Besançon, 12 juillet 1899, P. F. 1901. 2. 281, *Rép. gén. not.*, 1900, art. 11.153.

(4) Besançon, 12 juillet 1899, précité.

C'est parce que le legs aurait pu être exécuté, ce qui suppose que le testament était parfaitement régulier. Si, en effet, le testament avait eu quelque vice, il n'aurait pas eu besoin de le supprimer, puisque le legs qu'il contenait n'aurait pas été valable. Dans ce système, le renversement de la charge de la preuve serait basé sur une présomption tirée des faits.

La question qui se pose est alors de savoir si cette présomption est exacte, et surtout si elle est toujours exacte. De ce que le testament a été déchiré par l'héritier ou par le légataire précédemment institué, s'ensuit-il nécessairement qu'il était régulier ? C'est douteux. Il faudrait, pour que la déduction soit juste, admettre que l'héritier qui trouve un testament le désavantageant se livre à un examen minutieux, pour savoir si toutes les formalités requises ont été observées par le testateur, et, au cas où elles ne l'auraient pas été, qu'il ait assez de maîtrise de soi pour le laisser subsister. Une telle supposition paraît invraisemblable. On est certainement plus près de la réalité en supposant que l'héritier qui trouve un testament dont le contenu ne lui plaît pas le détruit dans un mouvement de colère, sans s'attarder à en vérifier la régularité. Dès lors, la présomption proposée, n'étant pas absolument générale, est insuffisante. De plus, elle est impuissante à expliquer les solutions données par la jurisprudence. Elle conduirait à admettre des exceptions que celle-ci exclurait certainement : si, par exemple, l'héritier prouvait qu'il a détruit le testament sans en prendre connaissance (cas du testament contenu dans un pli fermé qu'il aurait jeté au feu sans l'ouvrir) on ne pourrait plus invoquer cette présomption. Or la règle posée par la jurisprudence est générale et ne comporte pas de pareille distinction. En sens inverse, nous verrons, en étudiant la portée de cette règle, que la présomption proposée lui donnerait parfois une portée plus large que celle qui est formellement consacrée par les décisions (*infrà*, n° 111). C'est donc que la jurisprudence ne s'est point basée sur elle.

106. — Cependant, il faut reconnaître que ce raisonnement a son intérêt ; dans de nombreux cas, il correspond à la réalité : si le testament a été détruit, c'est bien parce qu'il

était régulier. Or, il est souhaitable que les constructions juridiques correspondent à la réalité, qu'elles soient autant que possible calquées sur les faits, et ne soient pas des édifices sans base. De même, il est bon qu'elles soient d'accord avec la justice. C'est à ce titre qu'il sera permis d'invoquer les considérations d'équité qu'on a fait valoir et la présomption de fait ci-dessus exposée ; — mais à ce titre seulement, car encore faut-il que les solutions données soient juridiquement motivées.

107. — 4° On aurait pu penser invoquer la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et dire que le défendeur coupable ne pourrait pas demander à qui que ce soit de faire la preuve de la régularité du testament car, par cette demande, il se prévaudrait de sa faute, ce qui lui est interdit.

Cette argumentation, quelque séduisante qu'elle paraisse au premier abord, ne serait pas à retenir. Le défendeur allègue-t-il sa faute ? S'en prévaut-il ? Directement : non. Ce qu'il allègue, c'est simplement la non-représentation du testament (non-représentation qui, d'après lui, devrait forcer le demandeur à administrer la preuve de la régularité), et rien autre chose que cette non-représentation. A la vérité, elle provient bien de son fait, mais le défendeur n'a pas besoin d'en donner la cause : il lui suffit de la constater. Il n'allègue donc pas sa faute ; c'est, tout au contraire, le demandeur qui allègue la faute de son adversaire pour se dispenser de la preuve de la régularité du testament. Dans ces conditions, il n'est pas possible d'opposer au défendeur la maxime *Nemo auditur...* ; ce n'est donc pas ce motif qui permet de justifier la position prise par les tribunaux.

108. — 5° Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que la jurisprudence se soit trompée, mais il faut chercher une autre justification. Où la trouver mieux que dans les arrêts mêmes de la Cour de cassation ?

Le raisonnement de la Cour suprême est le suivant. Le défendeur (héritier ou légataire) a, en détruisant le testament, mis le légataire demandeur dans l'impossibilité de

produire son titre et l'a forcé à le reconstituer. La situation du légataire s'est par suite trouvée aggravée. Or, en vertu des articles 1382 et 1383 C. civil, nul ne peut porter préjudice à autrui par sa faute, sa négligence ou son imprudence. Donc, la destruction du testament ne doit pas pouvoir préjudicier au légataire, et, à titre de réparation, celui-ci doit être considéré de la même façon que s'il avait représenté le testament : la régularité est présumée pour que le légataire n'ait pas à souffrir de la disparition de son titre.

Si l'arrêt du 1er septembre 1812 (1) ne s'explique pas clairement à ce sujet, il faut remarquer que l'art. 1382 a été expressément invoqué devant la Chambre civile par le défendeur en cassation (2). Et devant la Chambre des Requêtes, M. le conseiller Barafort a fondé lui aussi l'interversion de la preuve sur ce « grand principe que nul ne peut nuire à autrui par sa faute, par son méfait » (3).

Plus généralement, l'exception est fondée sur cette règle d'équité, enseignée par nos anciens auteurs, que : « à nul ne doit le dol ou fraude proffiter et ayder », « *Dolus sive fraus nemini debet patrocinari* » règle qui empêche que quelqu'un fasse sa condition meilleure en aggravant celle de son adversaire (4), règle dont l'art. 1382 C. civ. n'est qu'une conséquence sur le plan des réparations. Et cette maxime étant (tout aussi bien que l'art. 1382) absolument générale, il faut nécessairement, pour que l'héritier ne bénéficie pas de la situation avantageuse qu'il a acquise illégalement, présumer la régularité du testament disparu, afin que le légataire n'ait pas à la démontrer.

(1) Civ., 1er sept. 1812, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2526, S. 1813. 1. 133.

(2) Arguments de la défense, S. 1813. 1. 134.

(3) Barafort, Rapport préalable à Req., 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 300, 2e colonne.

(4) Comp. Latailhède, note sous Orléans, 13 déc. 1862, S. 63. 2. 73. C'est le même principe qui a été employé par Req., 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 299, S. 83. 1. 127. Le testament ayant été détruit par une légataire universelle précédemment instituée, la Cour de cassation déclara que celle-ci ne pouvait pas, en vertu de l'art. 1382 C. civ., invoquer l'inexistence du testament lors du décès du testateur, car cette inexistence provenait de sa faute.

En effet, l'art. 1382 C. civ. ne permet pas seulement l'octroi de réparations pécuniaires. En posant le principe général que tout préjudice causé à autrui doit être réparé, il ne limite aucunement les modes de réparations, lesquels sont aussi variés que les délits qu'il réprime. Les tribunaux peuvent choisir, parmi les différents moyens qui s'offrent à eux, celui qui atténuera ou supprimera le mieux le dommage causé à la victime. En ordonnant, dans le cas présent, le renversement de la charge de la preuve, les juges usent légitimement des prérogatives qui leur sont reconnues pour réparer efficacement l'atteinte portée aux droits du légataire.

Ainsi se trouve écartée l'objection « d'arbitraire » faite à la jurisprudence par MM. A. Colin et Capitant. La distinction de la jurisprudence est fondée sur une règle de droit qui, pour être coutumière, n'en a pas moins une existence certaine, puisque non seulement elle s'appuie sur l'équité, et la tradition (1), mais encore qu'elle est consacrée par l'art. 1382 C. civ.

§ 2. — *Portée de l'exception jurisprudentielle.*

La recherche de la justification de la jurisprudence n'a pas seulement un intérêt théorique ; au point de vue pratique, elle permet de fixer les limites qu'il convient d'assigner à l'exception envisagée.

A. — *Personnes contre lesquelles peut être invoquée la présomption.*

109. — De ce que l'exception dégagée par la jurisprudence est fondée sur l'art. 1382 et la règle que nul ne peut nuire à autrui par sa faute, il s'ensuit que l'exception est purement personnelle aux coupables. L'interversion de la charge de la preuve s'applique seulement si l'action en exécution du

(1) V. Boutillier, *Somme rurale*, 2e Partie, titre 38 (*Edit. Charondas*, p. 845).

testament est poursuivie contre l'auteur même de la suppression (1). Si le testament a été détruit par un tiers, puis que le légataire intente l'action en exécution contre les héritiers, il devra établir la régularité du testament, bien que l'anéantissement soit le résultat d'un fait frauduleux (2). En effet, aucune faute ne pouvant alors être reprochée à l'héritier, on ne peut lui opposer l'art. 1382. De même si, le testateur ayant laissé plusieurs héritiers, l'un d'eux a détruit le testament sans que les autres aient participé à la destruction, on doit dire que le légataire frustré devra prouver la régularité du testament qu'il invoque à l'encontre des héritiers non fautifs, et qu'il ne sera dispensé de cette preuve que relativement à l'héritier coupable.

110. — On peut alors aboutir, dans ce dernier cas, à des situations bizarres : si (et à supposer toutes les autres conditions d'efficacité du testament remplies et prouvées) le légataire ne peut pas parvenir à établir la régularité de son titre, ni l'héritier fautif sa nullité, il faudra déclarer l'efficacité du testament par rapport à ce dernier seulement, et non par rapport aux autres héritiers. Résultat singulier, mais qui semble imposé par le jeu des règles relatives à la charge de la preuve (3). Il faut d'ailleurs remarquer que cette situation se produira rarement, puisqu'il suffit que les héritiers paraissent avoir connu et approuvé la destruction pour qu'ils en soient responsables (*suprà*, n° 77). Ainsi l'arrêt de la Cour de Montpellier du 7 mai 1900, et le jugement du tribunal civil de Béziers du 23 mars 1922 imputèrent la destruction

(1) V. motifs de : Civ., 1er sept. 1812, D. J. G., v° *Dispositions entre vifs*, 2526, S. 1813. 1. 133 ; Req., 25 oct. 1897, D. P. 98. 1. 56, S. 98. 1. 128 ; Besançon, 12 juillet 1899, P. F. 1901. 2. 281 ; Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, S. 1904. 1. 132.

(2) Rouen, 18 juin 1877, D. P. 77. 2. 181, S. 77. 2. 318 ; Montpellier, 9 nov. 1925, *Monit. judic. Midi*, 1926. 1.

(3) Ce résultat a été contesté par l'arrêt de la Cour de Montpellier du 7 mai 1900 (sous Req , 8 déc. 1902, D. P. 1903 1. 93, S. 1904. 1. 132) à raison de l'unité de l'objet et de l'indivisibilité de la cause. Mais, dans un cas analogue, la Cour de cassation a décidé qu'il fallait une indivisibilité *absolue* de l'objet (Civ., 11 janvier 1905, *Rec. Bordeaux*, 1905. 3. 39), ce qui ne se présentera qu'assez rarement.

du testament aux héritiers du *de cujus* sur de simples probabilités (1).

Un autre arrêt (2) a cru pouvoir encore écarter ce résultat lorsque l'héritier coupable avait été poursuivi et condamné. En effet, dit cet arrêt, si une condamnation a été prononcée, c'est que le testament avait les apparences de la validité (sans quoi, il n'y aurait pas eu d'infraction); or, cette constatation des juges criminels lie les juges civils, et ne saurait être discutée même par ceux qui n'étaient pas parties à l'instance pénale, c'est-à-dire même par les non coupables. Mais la décision donnée par cet arrêt paraît trop générale. L'autorité au civil de la chose jugée au criminel ne s'étend, suivant la formule ordinairement employée, qu'à ce qui a été « certainement et nécessairement jugé ». Or a-t-il été nécessairement jugé que le testament était régulier ? Tout dépend des circonstances : il se peut que la preuve de la régularité du testament ait été rapportée. Mais, il se peut aussi (et c'est ce qui arrivera le plus souvent) que les juges criminels aient déduit la régularité du seul fait de la destruction, par application de la règle ci-dessus examinée (*suprà*, n° 101). Celle-ci a uniquement pour but et pour résultat d'empêcher que le défendeur n'exige du demandeur (lequel est ici le ministère public), la preuve de la régularité du testament : elle fonctionne en quelque sorte comme une fin de non-recevoir opposée à cette demande. Mais le juge ne prend pas connaissance du fond même du droit. Pour priver le défendeur du bénéfice de sa fraude, on considère le testament comme régulier, mais rien ne dit qu'il le soit réellement : le juge n'a fait qu'appliquer une règle juridique, il n'a pas vraiment apprécié la régularité du testament. Par suite, il n'y a pas là une chose « nécessairement et certainement jugée », et la décision pénale ne peut pas avoir sur ce point autorité au civil.

111. — Ce caractère purement personnel de la charge de la preuve n'aurait plus été exact si l'exception avait été fon-

(1) Montpellier, 7 mai 1900, sous Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93 ; Trib. civ. Béziers, 23 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 103.

(2) Poitiers, 2 déc. 1852, D. P. 55. 2. 332.

dée sur le raisonnement, proposé par certains, que la présomption de régularité du testament résulte de ce que l'héritier n'aurait pas eu besoin de le supprimer s'il n'avait pas été régulier. Si cette justification avait été celle de la jurisprudence, il aurait fallu dire que le testament devrait être présumé régulier dès lors qu'il aurait été frauduleusement détruit, quel qu'ait été l'auteur de cette destruction.

Supposons en effet que le testament ait été détruit par un tiers. Le raisonnement fait n'en reste pas moins exact. Si le tiers a fait disparaître le testament, c'est pour nuire au légataire : il n'aurait donc pas eu besoin de le supprimer s'il n'avait pas été régulier (1). De même, si le testament avait été détruit par l'un de plusieurs cohéritiers sans la participation des autres, on devrait dire : l'héritier coupable a supprimé le testament parce qu'il était régulier ; mais, si ce testament lui nuisait, il nuisait tout aussi bien à ses cohéritiers : par suite, il doit être présumé régulier vis-à-vis de tous. Telle devrait être la conséquence logique de ce raisonnement. Mais il n'y a pas lieu de s'y arrêter, puisque la jurisprudence applique l'exception au cas seulement où l'action est poursuivie contre le coupable.

B. — *Portée de l'exception au point de vue objectif.*

112. — Traditionnellement, on déclare que le fait par le défendeur d'avoir frauduleusement détruit le testament ne dispense le légataire que de la preuve de la validité. Ne devrait-on pas appliquer la même règle aux autres faits que le légataire doit établir ? Sans doute, il ne saurait s'agir de l'existence (juridique) du testament, car celle-ci doit être démontrée préalablement à toute autre chose. Du moment que le légataire poursuit la restauration du testament, il s'ensuit nécessairement que celui-ci a existé, sans quoi il n'aurait pas pu disparaître (2).

(1) C'est ainsi que Laurent (t. 13, n° 116) justifie Aix, 15 novembre 1842 (P. 44. 2. 151, D. J. G., v° *Dispos. entre vifs*, 2527) qui décide que le légataire qui se prévaut d'un testament authentique n'a pas à en prouver la régularité, le testament ayant été soustrait par un tiers. V. *contrà, suprà*, n° 109.

(2) Cette règle a cependant été invoquée par la Cour de cassation pour

Mais la destruction ne pourrait-elle pas dispenser le légataire d'établir le contenu du testament? N'est-ce pas la même situation que pour la validité du titre? L'héritier, en empêchant le légataire de produire le testament, a amélioré sa position en aggravant celle du légataire : ne doit-on pas dire qu'il ne doit pas profiter de sa fraude, et que le contenu du testament sera tenu pour établi?

Une telle solution pourrait sembler logique. Cependant, elle ne doit pas être admise sans distinction. La Cour de cassation a décidé que le fait par un héritier non réservataire de détruire un testament l'obligeait à démontrer qu'il avait la saisine, présumant ainsi que le testament anéanti contenait un legs universel (1). L'application de la règle de l'interversion de la preuve s'explique ici très bien : pour ôter au coupable le bénéfice de sa fraude, il était légitime de mettre à sa charge la preuve qui, normalement, incombait au légataire. — Mais, en sens inverse, le fait seul que l'héritier avait détruit un testament n'a pas été considéré comme suffisant pour établir l'existence d'un legs au profit des demandeurs (2). On ne peut qu'approuver cette décision. La situation, en effet, n'est pas exactement la même en ce qui concerne le contenu du testament qu'en ce qui concerne sa validité. En ce dernier cas, il n'y a que deux situations possibles : le testament est ou n'est pas régulier (3). En ôtant à l'héritier le bénéfice de sa fraude, on sait où l'on va ; on considère la validité du testament comme prouvée : rien de plus, rien de moins. Au contraire, que déciderait-on si l'on appliquait l'art. 1382 à la démonstration du contenu du testament? Il ne suffit pas de supposer une disposition libérale

refuser au coupable de la destruction d'un testament le bénéfice de l'inexistence du testament lors du décès du testateur : Req., 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 299, avec le rapport de M. le Conseiller Barafort, S. 83. 1. 127. Cet artifice est actuellement inutile, la Cour de cassation ayant reconnu l'efficacité d'un testament disparu en dehors de la volonté du *de cujus*, antérieurement à son décès (v. *suprà*, n° 30).

(1) Crim., 15 mars 1929, S. 1930. 1. 353, avec la note de M. Roux, *Rev. crit.*, 1930, p. 285, observations de M. A. Trasbot.

(2) Riom, 8 août 1898, et sur pourvoi : Req., 25 juillet 1900, D. P. 1901. 1. 358, S. 1901. 1. 142.

(3) De même, dans l'espèce tranchée par Crim., 15 mars 1929, précité, le legs était ou n'était pas un legs universel.

du testateur : il faudrait encore en préciser le titulaire et le montant. Or, cette détermination ne peut pas être faite à l'aventure, et alors, il faut bien décider que le demandeur devra établir le legs dont il se prévaut.

C. — *Valeur intrinsèque de l'exception.*

113. — Un premier point est hors de doute : c'est que la présomption de régularité du testament s'applique toutes les fois que le défendeur a frauduleusement empêché le légataire de produire son titre, que le défendeur soit un héritier (1) ou un légataire précédemment institué (2), que la disparition du titre provienne d'une destruction proprement dite (3), ou d'une soustraction (4). Il suffit, en effet, étant donné le fondement reconnu à cette exception (*suprà*, n° 108), que le défendeur ait indûment amélioré sa position au détriment du légataire.

114. — Plus délicate est la question de savoir quelle est la *valeur* de l'exception. Il résulte bien de toutes les décisions que le testament, par le seul fait de sa destruction frauduleuse par le défendeur, est considéré *de plano* comme régulier. Mais l'héritier, à supposer qu'il le puisse, serait-il admis à administrer la preuve contraire ?

Pendant longtemps, la question a pu être douteuse. La Cour de cassation avait déclaré que la destruction frauduleuse du testament suffisait pour qu'il y eût « présomption de droit » que le testament était régulier (5). Qu'entendait par là la Cour de cassation ? L'expression « présomption de droit » désigne ordinairement une présomption tirée de la loi, d'un texte formel, et irréfragable, sauf exception expresse. Etait-ce là ce que voulait dire la Cour de cassa-

(1) Civ., 1er sept. 1812, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2526, S. 1813. 1. 133 ; Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, S. 1904. 1. 132.

(2) Req., 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 299, S. 83. 1. 127.

(3) Civ., 1er sept. 1812 ; Req., 12 juin 1882, précités.

(4) Req., 25 juin 1897, D. P. 98. 1. 56, S. 98. 1. 128 ; Req., 8 déc. 1902 (motifs), précité.

(5) Civ., 1er sept. 1812, précité ; Crim., 4 oct. 1816, D. J. G., v° *Dommages-Destruct.*, 200 ; *adde* : Nancy, 22 juin 1895, S. 96. 2. 263.

tion? Peut-être ; mais, quoiqu'il en soit, la question ne présente plus d'intérêt, la Cour suprême n'ayant plus, depuis 1816, reproduit l'expression « présomption de droit ». Il est certain, en effet, qu'aucun texte légal ne contient une pareille présomption, et l'expression employée a été condamnée à juste titre (1). Aussi la Cour de cassation se borne-t-elle à déclarer maintenant que « le demandeur est affranchi de l'obligation de la preuve de la régularité » (2). En effet, il suffit uniquement de priver le défendeur de la position avantageuse qu'il ne devait qu'à sa fraude. Mais, à proprement parler, si l'on enlève au demandeur le fardeau de la preuve, on ne prend nullement position sur le fond même du litige : on considère le testament comme s'il était régulier, mais on n'affirme pas qu'il le soit réellement. Aussi a-t-il été jugé à juste titre que le défendeur pouvait être admis à démontrer l'irrégularité du testament (3).

La question est plus complexe lorsque la présomption de régularité a été admise par une décision pénale portant condamnation, qui se trouve invoquée devant la juridiction civile. Alors, en effet, cette présomption est contenue dans une décision possédant l'autorité de la chose jugée. Peut-on admettre contre elle une preuve contraire ? Dans une situation analogue, la Cour de Douai a, par arrêt du 23 janvier 1867, répondu par la négative (4). Mais la Cour de Poitiers avait précédemment statué en sens contraire dans une affaire où certains héritiers, non parties à l'instance pénale, prétendaient démontrer que le testament détruit contenait une substitution prohibée (5). Cette dernière solution paraît mieux en harmonie avec la justification donnée de la thèse de la jurisprudence. Le juge pénal n'ayant pas vraiment

(1) Laurent, t. 13, n° 117.

(2) Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, S. 1904. 1. 132.

(3) Poitiers, 19 février 1889, *La Loi* du 22 février 1889 ; Douai, 1er avril 1899, *Rev. not.*, 1899, n° 10 371, p. 747.

(4) Douai, 23 janvier 1867, D. P. 69. 1. 173. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté : Civ., 21 déc. 1868, D. P. *ibid.*, mais la Cour de cassation se borne à déclarer que la Cour d'appel n'a fait qu'user de son droit d'appréciation.

(5) Poitiers, 2 déc. 1852, D. P. 55. 2. 332. *Adde* : Griolet, note au D. P. 69. 1. 170, 1re colonne.

pris parti sur la régularité ou l'irrégularité du testament, sa décision ne devrait pas avoir sur ce point autorité de la chose jugée, et la preuve de l'irrégularité du testament doit être réservée aux intéressés, fût-ce au coupable lui-même (1).

(1) Refuser cette preuve n'aboutirait d'ailleurs à aucun résultat pratique. La démonstration de l'irrégularité du testament entraîne comme conséquence que le soi-disant testament était un acte sans valeur : l'un des éléments constitutifs du délit faisait donc défaut, ce qui est suffisant pour entraîner la revision de la condamnation (art. 443, al. 4 C. instr. crim., loi du 8 juin 1895).

CHAPITRE II

DES PROCÉDÉS DE PREUVE

115. — Le demandeur ayant, en principe, la charge de la preuve, par quels moyens va-t-il établir son droit? Il est clair que, comme il ne possède plus le seul titre prévu par la loi, il va être admis à le reconstituer par tous moyens. Il ne s'agit pas, en effet, de prouver la volonté libérale du défunt ; il s'agit de reconstituer un testament disparu, mais qui a existé. Comme, par hypothèse, ce titre a été anéanti sans la faute du légataire, son anéantissement s'analyse en un fait juridique, et il est constant que, pour établir un fait, on peut se servir de tous les modes de preuve prévus par la loi, à la seule condition de se conformer aux règles particulières de chacun d'eux.

Sans doute, puisqu'il s'agit de la perte d'un acte solennel, on aurait compris que la loi édictât des règles particulières, différentes de celles prévues pour les actes ordinaires. Mais on ne trouve rien de pareil dans notre législation. Par suite de ce silence, on a traditionnellement continué à appliquer, lorsque, en matière de testaments, l'écrit fut requis à titre de solennité, les mêmes règles que l'on appliquait antérieurement lorsque l'écrit n'était requis que comme instrument de preuve. Il est d'ailleurs reconnu que les règles relatives à la preuve, bien que placées, dans notre Code civil, au titre des Obligations, sont, en principe, générales.

C'est donc à tort que de nombreux auteurs n'ont visé, pour la preuve du testament disparu, que l'art. 1348 C. civ. Si cet article est applicable, si même il est le texte le plus souvent employé, il ne s'ensuit pas qu'il soit le seul que puisse invoquer le légataire (1). Et c'est aussi à tort que M. Sava-

(1) Le légataire jouit au contraire de la liberté de la preuve, voy. : Baudry-Lacantinerie et M. Colin, n° 1868 *bis* ; Planiol, Ripert et Trasbot, t. 5, n° 527, p. 544.

tier a reproché à la jurisprudence d'avoir fait de l'art. 1348 la « clef de la question » (1). Car il est bien certain que la jurisprudence n'a pas invoqué uniquement l'art. 1348 C. civ. On peut citer plusieurs arrêts qui sont basés sur d'autres textes (2), et l'un de ces arrêts, notamment, déclare que « les dispositions du code concernant la preuve de l'existence actuelle des actes perdus ou détruits par cas fortuit, s'appliquent, dans leur généralité, aux testaments dont la perte est survenue par les mêmes causes » (3). Cette affirmation générale de la Cour suprême montre bien qu'il serait faux de vouloir cantonner le légataire dans les limites du seul article 1348.

116. — Quels procédés de preuve pourra-t-il donc invoquer? Le testament est constitué par l'original lui-même. Si cet original n'existe plus, il se peut que le légataire en possède une expédition, ou tout au moins une copie de valeur plus ou moins grande. S'il n'existe pas de ces titres ou copies, le légataire devra se rabattre sur la preuve testimoniale ou par présomptions. Bien entendu, l'aveu et le serment pourront être invoqués, comme en toute autre contestation.

Cependant, il faut bien reconnaître que, si large qu'on soit, ce ne sont là que des moyens de fortune. On ne saurait sans doute en faire grief au légataire ; mais la vraisemblance qui s'en dégagera sera bien inférieure à la certitude qui résulterait de la représentation du testament lui-même.

Or, si cette représentation est matériellement impossible au cas où le testament a été supprimé, il n'en est plus de même lorsque le testament se trouve simplement retenu, caché, par une personne connue, souvent un héritier ou un légataire intéressé. Ne pourrait-on pas alors obliger le détenteur à l'exhiber? L'intérêt de cette mesure est évident. D'un seul coup seraient tranchées toutes les difficultés, sans

(1) Savatier, *Rev. trim. de dr. civil*, 1927, p. 240.

(2) Notamment : Paris, 4 (ou 14) avril 1810 (transcription) ; Civ., 1er sept. 1812, et Civ., 29 février 1820 (aveu) ; Req., 10 nov. 1830 (art. 1335) ; Lyon, 22 février 1831 (motifs) (art. 1347) ; Req., 3 mai 1841 (art. 1331 et 1335).

(3) Req., 10 nov. 1830, D. P. 31. 1. 77.

qu'il subsiste aucun doute ; et c'est seulement au cas où cette représentation serait impossible, soit par suite de la destruction du testament, soit par suite du refus du détenteur de le représenter, qu'il serait nécessaire de recourir à d'autres moyens de preuve.

Section I. — Exhibition du testament frauduleusement dissimulé.

117. — 1° Matériellement, l'exhibition du testament retenu par une personne quelconque est possible, mais en est-il de même juridiquement ?

Aucun doute ne peut s'élever si le testament est détenu par un tiers qui n'y a aucun droit, ni aucun intérêt. Que pourrait-il invoquer pour le conserver ? Rien, assurément. Le fait, par lui, de retenir ce testament, s'analyse en une infraction (ordinairement un vol, ou un abus de confiance). Aussi n'est-il pas douteux que les tribunaux pourraient ordonner la restitution du testament indûment retenu, à peine de tous dommages et intérêts (1), et même, comme la restitution s'analyse en une obligation de faire, sous une astreinte, s'il y avait lieu. Il n'y a là qu'une application de principes certains, auxquels il est inutile de s'arrêter plus longuement.

118. — Mais en est-il de même, et la représentation peut-elle être ordonnée, si le testament est retenu par un héritier ou un légataire universel ? Ne doit-on pas considérer alors le testament comme une chose de la succession, sur laquelle il a un droit de propriété absolu, lui permettant d'en faire ce que bon lui semble (2) ?

(1) Comp. : Cour d'assises Seine-Infér., 7 janvier 1892, D. P. 92. 2. 70, et sur pourvoi : Crim. r., 12 mai 1892, D. P. 93. 1. 271 ; et dans la même affaire : Cour d'ass. Seine-Infér., 24 fév. 1893, et Crim. r., 16 nov. 1893, S. 96. 1. 478.

(2) Ainsi un arrêt (Crim., 15 mars 1929, S. 1930. 1. 353, note de M. Roux, *Revue crit*, 1930, p. 285, observations de M. Trasbot) relève, dans une poursuite pour vol de testament, que les héritiers n'étaient

Cette argumentation extrême n'a jamais été retenue. Dès le droit romain, il a été admis que le testament n'était pas la chose de l'héritier ; un texte d'Ulpien déclare qu'il appartient à ceux à qui il a été laissé quelque chose dans le testament ; on peut même dire, ajoute-t-il, que cet acte est en quelque sorte public : « *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis ; sed universorum, quibus quid illic adscriptum est ; quin potius publicum est instrumentum* » (1).

Cette solution était passée dans notre ancien droit. Furgole, par exemple, enseigne « que le testament n'est pas l'acte d'un seul homme, il est celui de tous les intéressés, ... c'est une espèce de loi domestique, à l'exécution de laquelle le public a intérêt » (2).

Sans doute, le Code civil a fait disparaître un motif important que pouvaient invoquer les jurisconsultes romains et nos anciens auteurs : notre testament moderne n'est plus de droit public, comme il l'était autrefois, mais seulement de droit privé. Malgré cela, la solution ne se trouve pas modifiée. Du moment que la loi reconnaît la faculté de tester, elle doit assurer la protection du testament. En faisant son testament, le testateur a manifesté sa volonté conformément à la loi : la société est intéressée à ce que cette volonté soit respectée, à ce que l'acte légalement fait par le testateur soit connu et exécuté, toutes choses dont la loi s'est implicitement portée garante, en accordant et en organisant la faculté de tester. Celle-ci deviendrait illusoire si les héritiers ou les légataires, quels qu'ils soient, pouvaient retenir le testament du *de cujus*. Aussi a-t-il été à juste titre jugé que, « d'après les principes de nos lois tant anciennes que nouvelles, un testament est la propriété des héritiers du sang, qui ont toujours le droit d'en exiger la représentation » (3). Sans doute, cet arrêt paraît limiter le droit d'exiger la représentation aux « héritiers du sang ». Mais il serait exagéré de prendre la formule à la

pas réservataires (et n'étaient pas saisis) paraissant ainsi indiquer que la poursuite n'aurait pas été possible s'ils l'avaient été.

(1) 2, pr, Dig., *Testamenta quemadmodum aperiantur*, XXIX, 3, Ulp.

(2) Furgole, *Tr. des testam.*, ch. 6, sect. 3, nº 174.

(3) Req., 3 juin 1829, D. P. 1829. 1. 266.

lettre ; elle s'explique par ce fait que, dans l'espèce, la représentation était demandée par les héritiers à l'encontre d'un légataire ; la Cour de cassation n'a statué que dans les limites exactes du pourvoi qui lui était soumis. La référence de la Chambre des Requêtes aux « lois tant anciennes que nouvelles » est particulièrement significative, puisqu'il était admis autrefois, sans aucun doute possible, que tout intéressé pouvait se faire représenter un testament. Aussi la même solution doit être donnée de nos jours et l'on doit admettre que la représentation peut être poursuivie par un légataire, même particulier, contre les héritiers légitimes (1). Plus généralement, tout intéressé à la représentation d'un testament (que ce soit un héritier, un légataire, un enfant naturel reconnu par le testament, ou même, en cas de dispositions relatives aux funérailles, ceux qui justifieraient d'un intérêt moral suffisant) est en droit d'obtenir cette représentation. Car, de toute façon, la rétention d'un testament est une fraude, le testament authentique devant rester au rang des minutes du notaire qui l'a reçu, et le testament olographe ou mystique devant être présenté au Président du Tribunal (art. 1007 C. civ.). Et, en cas de fraude, l'intérêt social s'alliant à l'intérêt individuel pour imposer l'exhibition, celle-ci doit être facilement ordonnée (2). L'art. 917 C. procéd. civ. qui dispose que *toute partie intéressée* peut requérir du juge de paix la perquisition du testament au domicile du *de cujus* avant l'apposition des scellés, ne fait qu'appliquer cette solution (3).

(1) Grenoble, 1er juillet 1875, D. J. G., S, vo *Disposit. entre vifs*, 618, S. 76. 2. 142 ; comp. : Crim,. 15 mars 1929 (motifs), S. 1930. 1. 353.

(2) V. Demontès, *L'action « ad exhibendum » en droit moderne*, p. 157 et suiv., p. 271 et suiv.

(3) De l'ordre d'exhibition du testament, il y a lieu de rapprocher les décisions qui ont jugé que le devoir de toute personne entre les mains de laquelle se trouve un testament est d'en donner connaissance à qui de droit dès le décès du testateur, et que la production tardive d'un testament est une faute autorisant l'allocation de dommages-intérêts au cas où elle aurait causé un préjudice soit à un légataire, soit à un tiers : Trib. civ. Fontainebleau, 4 janvier 1906, D. P. 1906. 5. 62 ; Caen, 17 février 1908, D. P. 1908. 2. 245, et références ; Trib. civ. Seine, 14 janvier 1909, D. P. 1909. 5. 52. Toutefois, il a été jugé qu'il appartenait aux juges du fait de décider que le dépositaire qui avait tenu un testament

119. — 2° Sur quoi le juge se basera-t-il pour ordonner l'exhibition ? Du fait même que le demandeur prétend arriver par la représentation du testament à la preuve de son droit, il s'ensuit qu'il n'a pas besoin de l'établir tout entier. Mais, à l'inverse, bien que le testament contienne toute la preuve en lui-même, il ne lui suffit pas d'attendre la représentation sans rien établir. Du moment qu'il réclame la représentation du testament, il faut bien qu'il justifie cette mesure en prouvant qu'il a existé un testament, et que celui-ci a été soustrait par son adversaire. Il faudra aussi qu'il justifie de son intérêt à obtenir la remise du testament : s'il est héritier, ce seul titre suffit; il n'a pas à démontrer d'intérêt spécial, celui-ci étant présumé : ainsi que l'a dit la Cour de cassation, les héritiers du sang ont toujours le droit d'exiger la représentation du testament « pour le combattre, s'il y a lieu » (1). Mais si le demandeur se prévaut d'un legs, il doit, en vertu du principe « Pas d'intérêt, pas d'action », rendre vraisemblable ce legs. Mais seulement « rendre vraisemblable », car il ne saurait s'agir de le prouver entièrement, puisque cette preuve, venant après celle de l'existence et de la soustraction du testament, établirait complètement le droit du légataire, et par suite, ôterait tout intérêt à l'exhibition du testament. Il s'agit seulement pour le légataire de faire paraître probable la disposition libérale, d'invoquer quelques présomptions pouvant faire supposer qu'il a existé un legs. La soustraction du testament en est une ; le moindre fait qui paraîtra établir le droit du demandeur, joint à cette soustraction, suffira pour justifier l'ordre d'exhibition, car, celle-ci doit être, et est, d'autant plus facilement ordonnée

secret pendant plusieurs années, conformément aux volontés du testateur, n'avait commis aucune faute : Civ., 31 mars 1857, D. P. 57. 1. 151, S. 57. 1. 337. Comp. Req., 22 janvier 1906, P. F. 1907. 1. 248.

Le fait par l'héritier de laisser le légataire dans l'ignorance du legs à lui fait par le *de cujus* constitue un dol susceptible de faire annuler les conventions conclues entre eux (Lyon, 28 nov. 1930, D. H. 1931. 92 et sur pourvoi : Req., 23 mai 1933, D. P. 1933. 1. 143) (Sur la collusion frauduleuse entre héritier et légataire pour tenir secret un testament au détriment des créanciers : v. Req., 16 nov. 1836, D. P. 37. 1. 49).

(1) Req., 3 juin 1829, D. P. 1829. 1. 266. Comp. : Req., 22 mars 1899, D. P. 99. 1. 402.

que la rétention d'un testament est un fait frauduleux (*suprà*, n° 118).

120. — 3° Mais comment obtenir cette exhibition ? Bien souvent, il ne suffira pas de l'ordonner, il faudra encore contraindre le détenteur à s'exécuter. On ne peut penser à une recherche directe : lorsque le testament est ainsi caché, une perquisition se révélerait presque toujours inefficace (1). La représentation s'analyse alors en un fait personnel du détenteur ; il y a obligation de faire, et même obligation de faire positive (2). Pour vaincre la mauvaise volonté que peut montrer le détenteur, il n'existe qu'un moyen : la contrainte morale : il faudra faire craindre au fraudeur une condamnation plus grave pour lui que l'exécution du testament qu'il retient.

121. — Le droit romain était particulièrement bien armé. L'action *ad exhibendum* était une action arbitraire : faute par le défendeur d'avoir exécuté l'*arbitratus* du juge, la condamnation était fixée soit par le juge, si l'inexécution provenait d'un cas fortuit ou de la simple faute du défendeur, soit par le serment du demandeur, si elle provenait de son dol. L'interdit *de tabulis exhibendis* fut établi sur une base semblable : la condamnation était proportionnée aux intérêts de la partie qui demandait la représentation, c'est-à-dire qu'elle était égale à la valeur de la succession s'il s'agissait d'un héritier institué, et au montant du legs s'il

(1) La perquisition du testament n'est prévue qu'au domicile du *de cujus*, avant l'apposition des scellés (art. 917 C. pr. civ.). Les motifs qui ont fait édicter cet article sont évidents; bien que la loi ne parle de la perquisition qu'avant l'apposition des scellés, ces motifs s'imposent tout autant au moment de la levée des scellés : une perquisition peut donc être ordonnée à ce moment à la requête de toute personne qui allègue à son profit l'existence d'un testament, et qui rend ses allégations vraisemblables (Caen, 30 nov. 1875, *Rec. arr. Rouen et Caen*, t. 39, 1. 277). Pour les perquisitions dans le coffre-fort du défunt, le juge de paix doit se conformer aux obligations résultant des art. 1er de la loi du 18 avril 1918 et 16 de la loi du 30 juin 1923 (Paris, 29 nov. 1928, J. N. 1929, art. 35.877).

(2) Il ne suffirait pas que le défendeur mette ses papiers à la disposition de la justice ; il faut qu'il représente l'acte lui-même. Démontés, *op. cit.*, p. 166. Comp. Req., 4 mai 1885, D. P. 85. 1. 324, S. 86. 1. 81.

s'agissait d'un légataire (1). Ainsi privé de tout le bénéfice qu'il retirait de sa fraude, le coupable n'avait plus qu'à s'exécuter.

Notre ancien droit avait adopté un système qui s'apparentait à la fois à l'action *ad exhibendum* et à l'interdit *de tabulis exhibendis*. Boutillier, parlant de celui qui recèle un testament, déclare que « si, par aucune manière subtile ou aucune voye l'avoit perdu, prins et levé, s'il le doit-il rendre, et à ce doit-il estre contrainct, et encore à la discrétion du juge, qui ainsi par barat a recélé le don et aumosne des pauvres et de l'âme du testateur » (2). Bretonnier (3) rapporte que, par arrêt du Parlement de Paris du 13 avril 1604, l'un des fils du sieur de Rostain, qui avait détourné le testament de son père, fut condamné à le représenter dans les trois mois, faute de quoi la succession serait partagée *ab intestat*, nonobstant un premier testament. Et cette décision est approuvée par les auteurs (4).

122. — Mais, si les juges de l'ancien droit pouvaient prendre une telle décision, en est-il encore de même aujourd'hui ? Les textes romains sur lesquels elle était fondée ne sont plus applicables et rien ne les remplace dans notre législation. D'ailleurs, fait-on remarquer, on aboutirait par cette façon de procéder à l'arbitraire le plus complet. Supposons, dit-on, qu'un testament soit retenu par l'héritier. Le demandeur qui se prévaut d'un soi-disant legs peut-il prétendre à la succession ? Nullement, tant qu'il n'a pas établi son droit. La rétention du testament lui cause-t-elle un dommage ? Non, s'il ne prouve pas qu'il était légataire, car, s'il ne l'est pas, qu'importe pour lui que le testament soit ou non représenté ? La situation est identique lorsqu'un léga-

(1) 3, §§ 11, 12 et 13, Dig., *De tabulis exhibendis*, XLIII, 5, Ulp. ; — L'héritier pouvait aussi intenter la revendication : 3, Dig., *Testamenta quemadmodum aperiantur*, XXIX, 3, Gaïus.

(2) Boutillier, *Somme rurale*, 1re partie, titre 103, *De celer testament*. (*Edit. Charondas*, p. 601). Comp. : Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ch. 33 (*Edit. Salmon*, nº 992).

(3) *Nouvelles observations*, sur Henrys, suite du livre 5, ch. 104.

(4) Bretonnier, *op.* et *loc. cit.*, Furgole, *Tr. des testaments*, ch. 6, sect. 3, nº 180.

taire institué par un premier testament en détourne un second. Pourquoi déférer alors la succession *ab intestat* ? En vertu de quoi ? En ce faisant, on ne tiendrait aucun compte d'un testament parfaitement connu, ce qui est absolument illégal, car un testament existant doit être exécuté, à moins qu'il ne soit révoqué. Or, s'il en existe bien un second, rien ne prouve qu'il révoque le premier. Il peut fort bien prendre seulement quelques dispositions particulières sans toucher au legs universel contenu dans celui-ci, le compléter, et non le révoquer. On ne pourrait même pas soutenir, continue-t-on, que le fait de retenir le second testament constitue une présomption qu'il contient une révocation du premier. Ce serait insuffisant, car de simples présomptions ne sauraient valoir révocation d'un testament : ainsi en a plusieurs fois formellement jugé la Cour de cassation. On ne saurait donc, à aucun titre, préférer au légataire connu des héritiers *ab intestat* qui, somme toute, ont été déshérités par le *de cujus*, alors que rien ne vient établir que celui-ci soit revenu sur sa décision.

123. — Ce raisonnement, qui ne laisse pas de faire quelque impression, n'a pas été accueilli par la jurisprudence. Par arrêt du 7 mars 1818, la Cour d'Orléans a condamné un légataire qui retenait un second testament, à le représenter dans le délai d'un mois, faute de quoi le premier testament qui l'instituait serait considéré comme nul, et la succession déférée *ab intestat*. Et sur le pourvoi formé contre cet arrêt, la Chambre civile décida que la Cour d'appel, en jugeant ainsi, « n'avait violé aucune loi » (1). Depuis, la jurisprudence est constante en ce sens (2), et elle doit être approuvée. Certes, nous ne méconnaissons pas le caractère arbitraire de la condamnation ainsi prononcée, mais il faut remarquer que le coupable peut toujours y échapper en représentant le testament. La condamnation peut n'être pour lui qu'une condamnation comminatoire, et en cela, le

(1) Orléans, 7 mars 1818, et sur pourvoi : Civ. r., 29 juin 1820, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2532, S. 20. 1. 232.

(2) Req., 3 juin 1829, D. P. 1829. 1. 266 ; Grenoble, 1er juillet 1875, D. J. G., S, v° *Disposit. entre vifs*, 618, S. 76. 2. 142.

système de la jurisprudence se relie non seulement à la tradition de l'ancien droit (Parlement de Paris, 13 avril 1604, cité *suprà*), mais aussi à la théorie des astreintes.

124. — Comme dans les astreintes, il y a condamnation à des dommages-intérêts pour arriver à l'exécution d'une obligation de faire, et condamnation *in futurum*. Sans doute, les deux procédés se séparent en ce que l'astreinte est une condamnation indéterminée à tant par jour (ou heure, etc.) de retard, et supérieure au préjudice causé (ou tout au moins destinée à le devenir), alors que, dans le cas présent, la condamnation est tout de suite fixe et déterminée. Mais, si l'on remarque que les arrêts que l'on s'accorde à considérer comme étant à l'origine de la théorie des astreintes, prononçaient des condamnations à des sommes fixes de dommages et intérêts (1), la différence n'existe plus, et l'identité des deux procédés apparaît nettement. En l'absence d'un texte qui justifie la solution de la jurisprudence sur la restitution du testament soustrait, il semble bien que cette solution se trouve liée à la théorie des astreintes. La manière d'opérer seule est différente ; mais, au fond, la décision est la même : condamnation arbitraire prononcée moins pour réparer le dommage subi que pour forcer le défendeur récalcitrant à s'exécuter.

Cette identité permet de dire immédiatement qu'il est inutile de chercher dans la loi une justification satisfaisante de cette solution ; les efforts faits pour justifier la pratique des astreintes n'ayant abouti à rien, une tentative nouvelle serait évidemment vouée à l'insuccès.

Toutefois, on doit constater que, quelque prétorienne que soit cette jurisprudence, elle répond à un besoin si important qu'il est impossible de méconnaître son utilité ; pratiquement, on ne peut pas se passer de cette contrainte pour arriver à l'exécution de l'obligation. Les Romains et notre ancien droit avaient un texte ; nous n'en avons plus : qu'importe ? Il est incontestable que les juges ont le droit, et même

(1) Req., 21 janvier 1809 et 22 janvier 1812, D. J. G., v° *Chose jugée*, 386.

le devoir, d'ordonner la représentation du testament soustrait, puisque sa dissimulation est une fraude à la loi. Il faut bien alors leur reconnaître le droit d'édicter une sanction sans laquelle leur ordre resterait lettre morte. L'intérêt supérieur de la justice et de la vérité ne saurait être mis en échec par le silence de la loi. En l'absence de textes, la jurisprudence a continué la tradition constante de l'ancien droit. Là encore, la coutume a suppléé aux défaillances de la codification, pour faire adopter une solution nécessaire. Il n'est guère douteux que cette jurisprudence ne constitue à l'heure actuelle un point de droit certain, s'imposant aux tribunaux à l'égal de la loi. D'ailleurs, même si l'on considère que la pratique des tribunaux est illégale et arbitraire, il faut bien convenir que la rétention d'un testament est tout aussi illégale et arbitraire. Puisqu'il faut choisir entre les deux, le bon sens commande de se ranger du côté où l'illégalité est le moins grave, c'est-à-dire d'approuver la solution jurisprudentielle, qui a du moins l'avantage de s'appliquer sous le contrôle des juges, représentants de la société.

Section II. — **La preuve littérale.**

125. — Lorsque la représentation du testament n'est plus possible, il faut bien recourir à d'autres modes de preuve. La plus commode et la plus complète, celle qui peut donner le plus de certitude, tout au moins sur le contenu du testament, c'est la preuve littérale.

L'application des règles relatives aux dispositions testamentaires réduit d'ailleurs singulièrement le champ de cette preuve. Le testament n'ayant d'existence que si les formalités légales sont observées, il ne peut pas être établi, à défaut de ces formalités, par les modes de preuve subsidiaires que le code prévoit pour les contrats. Ainsi, les registres et papiers domestiques ne pourraient pas remplacer un testament si la disposition qui y était contenue n'avait pas été écrite, datée et signée par le testateur ; de même un acte confirmatif d'un précédent testament ne vaudrait rien si les dispositions con-

firmées n'y avaient pas été reproduites (1). S'agissant de la preuve d'un testament perdu, l'on entendra par preuve littérale uniquement la preuve par copie du testament qui a régulièrement existé. Le testament, en effet, malgré ses particularités, n'est après tout qu'un acte authentique ou sous seing privé. Il peut en être délivré des expéditions (tout au moins après qu'il aura été déposé chez un notaire, en vertu de l'art. 1007 C. civ., s'il s'agit d'un testament olographe ou mystique). Dès lors, si le titre original est perdu, les règles posées par le Code civil sur la foi due aux copies vont s'appliquer aux testaments. Au cas où le testament a disparu, il suffira donc d'appliquer aux copies qui pourraient exister les distinctions prévues par l'art. 1335 C. civ.

126. — Il y a lieu de remarquer, tout d'abord, que, pour l'application de cet article, il n'est pas besoin de savoir comment le titre original est disparu : il suffit qu'il « n'existe plus ». L'art. 1335 trouvera son application dans tous les cas de perte ou de destruction, sans aucune restriction (2).

L'anéantissement du testament étant établi par tous moyens, il faudra, pour administrer la preuve, présenter une copie faisant la même foi que l'original (art. 1335-1° et 2°). Normalement, la copie qui sera présentée sera une expédition, car les testaments n'étant pas des actes susceptibles d'exécution forcée, il n'en est pas délivré de grosse. Or, l'article 1335-1° accorde aux « premières expéditions » seules la même foi qu'à l'original. Les opinions sont fort partagées sur le point de savoir quel est le sens des mots « grosses ou premières expéditions ». Il n'est pas d'usage, en effet, d'indiquer le rang des expéditions délivrées. Est-ce à dire qu'une expédition ordinaire du testament, portant seulement la mention habituelle « pour expédition » ne ferait point foi à moins qu'elle ne soit ancienne ? Le texte de l'article semble l'indiquer. Mais c'est une solution bien rigoureuse, car si rien ne prouve que la copie présentée soit la première expédition, rien ne prouve non plus que ce ne soit pas la première. Et

(1) Civ., 17 mars 1884, D. P. 84. 1. 448.
(2) V. notamment : Req., 10 nov. 1830, D. P. 1831. 1. 77.

quel motif raisonnable y a-t-il de distinguer entre les différentes expéditions, au point de vue de la force probante, si elles ont toutes été tirées sur la minute de l'acte par le notaire compétent ? Aussi la Cour de cassation a-t-elle justement réduit la distinction que paraît faire l'art. 1335 en déclarant que « la présomption naturelle, quand il n'y a pas d'énonciations contraires », est que l'expédition produite est la première (1).

127. — De toutes façons, cette expédition fait foi si elle est ancienne, c'est-à-dire lorsqu'elle a plus de trente ans de date. Mais comme, généralement, elle ne porte pas de date de délivrance, on peut se demander comment sera établie son ancienneté. Il semble bien que l'on puisse invoquer seulement des faits analogues à ceux prévus par l'art. 1328 pour la date certaine des actes sous seing privé : c'est-à-dire soit la cessation de fonctions du notaire qui a délivré l'expédition, soit les mentions qui ont pu en être faites dans des actes ayant date certaine (2). Il y a lieu cependant de noter que la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 novembre 1830 (3), a décidé que l'art. 1335 ne parlait de la date que pour la perfection des actes originaux, et non point pour les copies. Dès lors, une copie devrait être considérée comme ancienne par cela seulement que l'original de l'acte remonterait à plus de 30 ans. Cette interprétation libérale est fort intéressante, mais elle semble se heurter à la lettre du code et paraît être restée isolée.

128. — Si donc, en principe, il n'est pas nécessaire pour le demandeur de déterminer la cause de la perte du testament, cette détermination peut parfois devenir avantageuse pour lui. Il en est ainsi lorsque l'anéantissement provient de faits de guerre. En ce cas, en effet, l'art. 7 de la loi du 15 décembre 1923 édicte, sur la valeur des copies des actes disparus, des dispositions beaucoup plus libérales que celles

(1) Req., 29 nov. 1830. D. P. 31. 1. 8.
(2) Douai, 30 août 1826, sous Req., 10 nov. 1830, D. P. 31. 1. 77.
(3) Req., 10 nov. 1830, précité.

de l'art. 1335. Les expéditions ont alors la même valeur que l'original, dès lors qu'elles ont été délivrées par le notaire compétent; il n'y a plus lieu de se demander s'il s'agit d'une première expédition, ou si elle a plus de 30 ans (1).

129. — A propos du problème de la valeur des expéditions, une question intéressante a été posée. Lorsqu'un testament, depuis disparu, a été transcrit dans un inventaire, cette transcription fait-elle foi ? La Cour de Paris a répondu affirmativement (2) ; mais cette décision a été depuis vigoureusement critiquée par Duranton (3). « L'arrêtiste ne dit pas, écrit-il, que le notaire qui avait fait l'inventaire était celui, ou le successeur de celui qui avait fait le testament ; circonstance qui contribuait encore à augmenter le doute sur l'effet de cette copie et qui semblait devoir la ranger dans la classe de celles dont il est parlé au n° 3 de l'art. 1335, lesquelles ne sont considérées que comme de simples commencements de preuve par écrit. Bien mieux, tout porte à croire que c'était sur l'*expédition* du testament que la transcription avait été faite dans l'inventaire, en sorte que cette transcription n'était en réalité qu'une copie de copie, qui, d'après la disposition finale du même article, ne vaut que comme simple renseignement ».

Ces critiques ne paraissent nullement fondées. Il semble inexact de dire que la transcription du testament dans un inventaire soit une « copie » au sens de l'art. 1335 C. civil.

(1) L'art. 8 du projet de loi (devenu l'art. 7 de la loi) modifiait définitivement les articles 1335 et 1336 du Code civil, jugés trop rigoureux. Les dispositions qu'il contient se seraient donc appliquées en cas de perte imputable à une cause quelconque (Exposé des motifs, *J. Off.*, Ch. des députés, 1920, annexe 487). La commission de législation civile et criminelle de la Chambre repoussa cette modification, et limita le texte aux actes perdus ou détruits par suite de la guerre (Rapport de M. Constans, député, *J. Off.*, Ch. des députés, 1921, annexe 1750, p. 391).

Il y a lieu de noter que la rédaction de l'art. 7 étant générale, les dispositions qu'il contient devront être appliquées à tous les cas de perte d'acte par faits de guerre, que celle-ci soit passée, ou future (Rapport de M. Vallier, sénateur, *J. Off.*, Sénat, 1923, annexe 67, p. 73, 1re colonne).

(2) Paris, 4 (ou 14) avril 1810, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2528, S. 1814. 2. 72, P. 1810. 2. 184.

(3) Duranton, t. 13, n° 239.

L'inventaire est en effet un acte authentique, et même un acte à caractère judiciaire et contentieux, dressé toutes parties présentes ou dûment appelées. Du caractère d'acte authentique, il faut tirer cette conclusion que tout ce que le notaire a pu constater par lui-même, dans les limites de ses attributions, fait foi jusqu'à inscription de faux. Or l'existence et le contenu de l'acte transcrit sont de ces choses que le notaire a pu constater par lui-même, puisque justement son rôle est d'inventorier les actes intéressant la succession. Que le notaire ait inventorié la minute ou une expédition du testament, la transcription qu'il en a faite est présumée relater exactement la teneur de l'acte qu'il a eu entre les mains ; autrement dit, cette transcription n'est pas une copie au sens de l'art. 1335, elle a toute la valeur d'un acte authentique. C'est d'autant plus vrai que toutes les parties ont assisté à cette transcription sans élever de protestations : elles en ont par là même reconnu l'exactitude (comp. art. 1335-1°) (1).

On doit dire alors que deux hypothèses étaient à examiner : ou bien le notaire avait inventorié la minute ou l'original même du testament (ce qui était possible, puisqu'il s'agissait d'un inventaire après le décès du *de cujus*, un tel inventaire étant normalement fait par le notaire dépositaire du testament), et alors la transcription faisait la même foi que l'original, jusqu'à inscription de faux ; — ou bien, il avait inventorié une expédition, et la transcription faisait foi comme l'expédition elle-même, et suivant les distinctions de l'art. 1335-1° et 2°. De toutes façons, si la transcription ne valait pas preuve entière, elle valait au moins commencement de preuve par écrit (art. 1335-2° *in fine*) et ce n'était pas, comme le prétend Duranton, une simple copie de copie valant comme simple renseignement.

130. — La solution donnée pour l'inventaire doit être étendue à tous les actes où un officier ministériel, ou un

(1) Pour les actes perdus à la suite d'événements de guerre, la loi du 15 déc. 1923, art. 7-4°, dispose que les transcriptions d'un acte dans un autre acte par l'officier ministériel détenteur de la minute font la même foi que les expéditions de cet acte, c'est-à-dire la même foi que l'original lui-même (argum. art. 7-1°).

magistrat, fait directement les constatations qu'il y mentionne : ainsi en sera-t-il, par exemple, de la description ou de la transcription d'un testament faite par le juge de paix dans un procès-verbal d'apposition ou de levée de scellés, ou de tous les renseignements portés par le Président du Tribunal dans un procès-verbal d'ouverture et de description d'un testament olographe ou mystique. De même, une signification par huissier étant un acte authentique, la signification d'un testament fait pleine foi de l'existence et de la teneur de celui-ci, bien que ne soient représentés ni l'original, ni une expédition authentique (1).

A l'inverse, ne ferait pas preuve entière l'analyse d'un testament faite dans un acte de notoriété, puisque, théoriquement, le notaire ne fait que consigner les déclarations des témoins, déclarations dont il n'a pas à contrôler l'efficacité. En ce cas, comme aux cas prévus par les nos 3 et 4 de l'art. 1335, il n'y aura qu'une amorce de preuve, de valeur plus ou moins grande, qu'il sera nécessaire de compléter par témoins ou par présomptions.

Section III. — La preuve par témoins et par présomptions.

131. — Le procédé de preuve le plus couramment employé en matière de perte et de destruction de testament est de beaucoup la preuve par témoins et par présomptions (2), ce qui se comprend aisément. L'expédition, qui ferait pleine foi, ne peut être délivrée que lorsque le testament est authentique, ou l'est en quelque sorte devenu, par le dépôt au rang des minutes d'un notaire s'il est olographe ou mystique. Or, ce n'est pas pour ces testaments que les chances de perte ou de destruction sont le plus à craindre. Celles-ci se produisent ordinairement soit avant, soit immédiatement après le décès du *de cujus*. On ne peut songer alors à aucune

(1) Req., 3 mai 1841, D. P. 41. 1. 233, S. 41. 1. 720.

(2) Nous réunissons la preuve par témoins et la preuve par présomptions, ces deux modes étant soumis aux mêmes conditions (art. 1353, C. civ.).

preuve littérale. Quant à l'aveu et au serment, ce sont des modes de preuve quelque peu exceptionnels, puisqu'ils supposent la franchise de l'adversaire.

Il est donc normal que le demandeur essaye de bâtir lui-même sa preuve, et pour cela, qu'il produise les témoins qui ont pu avoir connaissance du testament disparu, qu'il propose des faits dont il va s'efforcer de tirer une démonstration de son droit.

132. — Mais, si la preuve testimoniale est permise, il est bien certain qu'elle présente de grands dangers. La crainte de la subornation des témoins n'est pas vaine. Et celle-ci n'est-elle pas particulièrement à redouter dans ces procès de disparition de testament, où se livrent les luttes les plus âpres autour de la succession, alors que, bien souvent, l'une des parties sera d'une mauvaise foi avérée? Les juges le savent bien, et la Cour de Bourges, dans un arrêt du 20 janvier 1808, ci-après cité, a dit nettement en quel crédit elle tenait les témoins qui déposaient devant elle : « On peut en trouver auxquels on fera dire ce qu'on voudra »...

D'ailleurs, la subornation n'est pas seule à craindre, mais tout aussi bien les erreurs involontaires des témoins. Les faits les plus contradictoires seront parfois affirmés avec la même bonne foi et la même certitude. Un pourvoi en cassation ne relevait-il pas, dans notre question même, ce fait singulier, de deux magistrats respectables qui, ayant lu une lettre (disparue depuis), affirmaient l'un, qu'elle ne contenait aucune disposition ni désignation de personne, et l'autre, y avoir vu un legs de 20.000 francs (1)? De pareils faits ne jugent-ils pas une preuve? Et quelle certitude attendre de dépositions de témoins, quelquefois fort ignorants des choses du droit, lorsque deux juges, habitués de longue date aux procès et à l'examen de pièces, témoignent d'une façon aussi opposée?

Aussi, comme on ne peut pas se passer de la preuve par témoins et par présomptions, la loi a-t-elle cru nécessaire,

(1) Moyens du pourvoi rejeté par Req., 24 juin 1828, D. P. 1828. 1. 290, S. 28. 1. 434.

pour limiter les abus auxquels elle pourrait donner lieu, de la réglementer de façon stricte, et de ne pas l'admettre indistinctement. Les limitations que, dans sa phobie de la preuve testimoniale, notre ancien droit avait imaginées, ont été reproduites par notre Code civil. Par suite, avant d'étudier les particularités relatives à la preuve elle-même, il convient de déterminer les conditions dans lesquelles elle pourra être admise en cas de perte ou de destruction de testament.

§ 1. — *Conditions d'admission de la preuve par témoins ou par présomptions.*

133. — Indépendamment du cas où il s'agit d'une chose de valeur moindre de 500 francs, cas qui n'est pas à retenir, puisque le testament doit toujours être écrit, le code ne permet la preuve testimoniale que s'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347, C. civ.), ou s'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale (art. 1348), situation dans laquelle se trouve expressément rangé le cas de perte du titre (art. 1348-4°).

A. — *Application de l'art. 1348 C. civ.*

134. — I. L'art. 1348-4° prévoit expressément que la preuve littérale ne saurait être exigée « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure ». Une jurisprudence constante a toujours appliqué ce texte aux testaments perdus, comme à tous les autres actes. Mais on a discuté cette assimilation. Au premier abord, en effet, elle peut paraître surprenante, puisque le code parle d'un « créancier », d'une « obligation », ce qui, semble-t-il, vise un cas tout différent de celui du testament.

135. — 1° Certains auteurs (1) et certaines décisions (2) ont cru devoir dire que si l'on appliquait l'art. 1348 au cas

(1) Toullier, t. 5, n° 666.
(2) Caen, 31 janvier 1856, sous Civ., 12 déc. 1859, D. P. 60. 1. 334.

de perte d'un testament, c'était parce que, d'après l'art. 1017 du Code civil, les héritiers sont débiteurs du legs, et les légataires en sont créanciers.

Mais le motif est assurément insuffisant. Dira-t-on qu'un légataire universel qui, en présence d'héritiers non réservataires, est saisi de plein droit de la succession, n'est qu'un créancier ? Ce serait évidemment faux.

136. — 2° Aussi la plupart des décisions (1) déclarent-elles plus simplement que l'art. 1348 est conçu en termes généraux, et s'applique à toute espèce d'actes et de conventions, aux testaments aussi bien qu'aux contrats.

Laurent (2) estime ce motif inexact, car, dit-il, le texte de la loi ne vise que « le cas d'un créancier qui agit contre son débiteur ». Or, d'après lui, « le légataire n'est pas créancier, il est propriétaire ; il n'agit pas en vertu d'un lien d'obligation : il revendique, et, pour qu'il revendique, il doit toujours avoir un acte, car il agit en vertu d'un testament, c'est-à-dire d'un acte solennel ».

Mais c'est interpréter la loi d'une façon vraiment trop exégétique. L'art. 1348-4° C. civ. n'est que la reproduction d'une disposition de l'article 3 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 (3). Or cette ordonnance, comme d'ailleurs celle de Moulins, visait en termes généraux « toutes choses » excédant 100 livres, et s'appliquait aux testaments aussi bien qu'aux contrats. Si l'art. 1348 ne parle que d'obligation, il

(1) Req , 24 juin 1828, D. P. 28. 1. 290, S. 28. 1. 434 ; Civ. r., 12 déc. 1859, D. P. 60. 1. 334, S. 60. 1. 630 ; Toulouse, 12 août 1862, D. P. 63. 2. 13, S. 62. 2. 480 ; Poitiers, 16 juillet 1879, D. P. 79. 2. 268, S. 80. 2. 147, et 23 mars 1881, D. P. 81. 2. 152, S. 82. 2. 23. et sur pourvoi : Req., 12 juin 1882, D. P. 82. 1. 299, S. 83. 1. 127 ; Nancy, 22 juin 1895, S. 96. 2. 263 ; Nancy, 2 juin 1899, D. P. 99. 2. 263, S. 1900. 2. 94 ; Grenoble, 6 août 1901, D. P. 1902. 2. 469, S. 1903. 2. 106 ; Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416 ; Trib. civ. Béziers, 23 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 103 ; Liége, 17 février 1926, D. H. 1926, 185, *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 573 ; Req , 15 nov. 1926, D. H. 1926. 545, S. 1927. 1. 223, *Gaz. Pal.*, 1927. 1. 163 ; Req., 1er août 1927, *Gaz. Pal.*, 1927. 2. 895.

(2) Laurent, t. 13, n° 115.

(3) « N'entendons exclure la preuve par témoins ... en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidens imprévus où on ne pourroit avoir fait des actes ... ».

apparaît qu'il n'y a là qu'une simple modification de mots, sans influence sur la portée réelle du texte. Ce qui le montre bien, c'est que Maleville, à propos de cet article, se réfère expressément à l'ordonnance de 1667 (1). D'ailleurs, Laurent finit par admettre l'application de l'art. 1348 en cas de perte de testament, par ce motif que cet article ne fait que consacrer le principe général « A l'impossible, nul n'est tenu », et qu'en ce sens, il y a identité entre la perte d'un écrit constatant une convention ordinaire et la perte d'un testament. Mais, n'est-ce pas justement ce principe qui, à travers les textes romains a influencé notre ancienne jurisprudence, et fait écrire l'art. 3 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 ? Par suite ce texte, et l'article 1348, qui en est dérivé, doivent être reconnus aussi généraux que le principe lui-même, et appliqués à tout écrit, quel qu'il soit.

137. — 3° Cependant, cette conclusion ne paraît pas exacte à M. Savatier (2) qui trouve l'art. 1348 du Code civil trop étroit en ce qu'il exige que la perte ait eu lieu par cas de force majeure. D'après lui, cette exigence ne serait pas justifiée, pour deux motifs, lors d'une disparition de testament. En premier lieu, dit-il, les droits du légataire sont irrévocablement établis et fixés sur sa tête à la mort du *de cujus* : par suite, ils doivent subsister quels que soient les événements postérieurs qui empêchent la production du testament. En second lieu, l'écrit testamentaire est d'un tout autre caractère que l'écrit constatant une obligation. Celui-ci, en effet, est requis par l'art. 1341 C. civ. : les parties doivent, en vertu de cet article, se ménager la preuve de leurs droits. En matière de testament, au contraire, le légataire est étranger à l'acte qui l'institue ; il ne peut pas prendre de mesures pour en assurer la conservation, et par suite, il ne peut pas être tenu pour responsable de sa perte. Donc, le légataire

(1) Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. 3, p. 168. Il y a lieu de remarquer que l'art. 1341, C. civ., auquel l'art. 1348 est incontestablement lié, parle aussi de « toutes choses » en termes généraux. Comp. Maleville, *op. cit.*, t. 3, p. 164, 165.

(2) Savatier, *Revue trimestr. dr. civ.*, 1927, p. 240.

ne devrait pas avoir à établir que cette perte provient d'un cas de force majeure.

138. — Pas plus que les arguments précédemment examinés, ceux-ci ne sont concluants. Dire que le légataire ne doit pas être assujetti à démontrer le cas de force majeure parce que son droit est fixé au jour du décès du testateur, paraît être en effet une véritable confusion entre le *droit* du légataire, et la *preuve* de ce droit. Sans doute, il est incontestable que le droit du légataire au legs à lui fait existe dès la mort du testateur, et qu'il peut réclamer son legs dès cette époque. Si le testament a disparu, il n'a pas besoin, en principe, d'établir que la disparition a eu lieu par cas fortuit. Il suffit (v. *suprà*, première partie) que cette disparition ait eu lieu hors du fait ou de la faute du testateur ou du légataire, quelle qu'en soit la cause, et même si celle-ci n'était pas connue. C'est qu'en effet, l'art. 1348 n'est pas, comme on paraît quelquefois le croire, la *base d'un droit* (et plus particulièrement ici la base du droit du légataire), mais uniquement la base d'un *moyen de preuve de ce droit*. Le droit du légataire existe indépendamment de l'art. 1348 ; il est sans aucune liaison avec lui : la meilleure preuve en est qu'il peut être établi sans que cet article soit invoqué (1). Mais il ne suffit pas d'avoir un droit pour être admis à le prouver n'importe comment. En particulier, la loi édicte, pour la recevabilité de la preuve testimoniale, des conditions très strictes, justifiées par les dangers de ce mode de preuve. Si le légataire, pour établir son droit, choisit ce moyen, il doit être soumis à ces conditions comme toute autre personne. Evidemment, il se peut qu'alors le légataire, bien qu'ayant certainement un droit, échoue dans sa démonstration s'il n'établit pas le cas de force majeure réclamé par l'art. 1348. Mais ce résultat n'est pas spécial au cas de perte d'un testament. Supposons, par exemple, qu'un créancier ayant un titre constatant une créance supérieure à 500 francs, laisse, pour un motif quelconque, passer l'échéance. Son droit

(1) Par exemple au moyen de la preuve littérale : V. Req., 10 nov. 1830, D. P. 31. 1. 77 ; Req., 3 mai 1841, D. P. 41. 1. 233.

au remboursement existe bien, est bien né et actuel, à ce moment. Puis, son titre se perd. S'il poursuit le remboursement en invoquant uniquement l'art. 1348-4°, et qu'il ne puisse établir qu'il a perdu son titre par cas fortuit, il échouera dans sa demande. Comme le légataire qui ne peut pas représenter le testament, il avait bien lui aussi un droit, mais la voie qu'il a prise ne lui a pas permis de l'établir. Pourquoi vouloir alors soustraire le légataire aux règles normales de la preuve ?

Le second motif invoqué par M. Savatier peut paraître plus embarrassant, car il pourrait sembler qu'en effet le légataire n'est pas dans la même situation qu'un créancier qui, devant se procurer un titre, a l'obligation d'en prendre soin. Mais l'opposition est plus frappante qu'exacte : lorsque le légataire est prévenu de son legs, et que le testament est déposé chez un notaire, il se trouve exactement dans la même situation que le créancier qui possède un titre notarié. Il est vrai que cette identité de situation n'existe pas auparavant, notamment avant le décès du testateur. Mais cette circonstance ne doit pas arrêter. Car il n'y a pas relation nécessaire, comme paraît le dire M. Savatier, entre l'obligation pour le créancier de se procurer un écrit, et le fait qu'il n'est dispensé de la production de celui-ci qu'en cas de disparition par force majeure. Que cela se trouve ainsi dans la plupart des cas : soit ; — mais pas toujours. Il est hors de doute, par exemple, que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, même ne participant pas au contrat, et ne pouvant, par suite, prendre aucune mesure conservatoire du titre, ne pourrait agir en exécution, sur le fondement de l'art. 1348-4°, qu'en prouvant le cas de force majeure qui a détruit son titre. La vérité est que cette exigence de la loi est imposée non pas en considération du *droit* à prouver, mais en considération du *moyen de preuve* employé, jugé dangereux en lui-même. Par suite, quel que soit le droit pour la preuve duquel on fasse appel à l'article 1348, cette exigence devra être respectée. Si le titulaire du droit en éprouve quelqu'ennui, il n'a qu'à s'en prendre à lui : il n'avait qu'à choisir une autre voie moins rigoureuse.

Aussi y a-t-il lieu d'approuver sans réserve la jurispru-

dence (1) d'avoir appliqué l'art. 1348 C. civ. aux testaments comme aux autres actes. C'était la solution traditionnelle (v. *suprà*, n° 25, et *infrà*, n° 140), à laquelle, en l'absence de texte formel, on peut reconnaître la valeur d'une « interprétation authentique » (2). C'était aussi la seule solution possible, les moyens de preuve déterminés par la loi ne pouvant pas être modifiés plus ou moins arbitrairement en considération des faits à prouver. Il se peut qu'on aboutisse ainsi à des résultats regrettables ; mais n'en est-il pas de même en toute matière ? Qui donc oserait prétendre que la loi est parfaite ?

139. — II. Il ne suffit pas de dire que l'article 1348 C. civ. est applicable à la perte des testaments : il faut aussi préciser dans quelles conditions il peut l'être. Or, cet article exige non seulement que l'écrit n'existe plus, mais encore que la perte provienne d'un « cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure ». Si cette condition n'est pas remplie, et bien que le droit du légataire puisse exister, la preuve ne pourra pas en être admise sur le fondement de l'art. 1348 ; d'où la nécessité d'indiquer ce qu'il faut entendre par là.

L'art. 1348 n'est pas le seul qui emploie ces expressions de cas fortuit et de force majeure. Or, à propos notamment de l'art. 1148 C. civ., on a trouvé des théories subtiles pour préciser le sens des deux expressions, et les différencier l'une de l'autre (3). Ces théories vont-elles avoir leur place ici ? L'examen du texte permet de répondre immédiatement par la négative : en réunissant les expressions « force majeure » et « cas fortuit » par les mots « *et résultant* », le Code montre qu'il vise par là un seul et même fait, et non pas deux faits différents, — fait qui doit être fortuit, imprévu, et provenir d'une force majeure. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de l'art. 1348, l'on emploie indifféremment les mots : « cas fortuit » ou « cas de force majeure » pour désigner la même

(1) V. décisions citées *suprà*, n° 136.

(2) Comp. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n° 125, t. 1, p. 391.

(3) V. notamment : Josserand, *Force majeure et cas fortuit*, D. H. 1934, chron., p. 25.

chose ; certaines décisions emploient même alternativement l'un et l'autre (1).

Par suite, il faut et il suffit que la perte soit causée par un fait précis, et que ce fait soit fortuit, imprévu et résulte d'une force majeure.

140. — 1° Pour permettre l'application de l'art. 1348, de très nombreuses décisions exigent que soit démontré le fait qui a causé la perte. Cette exigence, d'ailleurs, ne date point du Code civil. On en trouve la trace très haut dans notre ancienne jurisprudence qui l'avait empruntée au droit romain. Dans ses conclusions préalables à l'arrêt de la Cour de cassation, toutes sections réunies, du 7 ventôse an XI, le Procureur-général Merlin (2) citait notamment une constitution de l'empereur Alexandre (3) et une autre de Justinien (4) qui paraissent bien contenir cette solution. Quoi qu'il en soit, notre ancienne jurisprudence l'avait adoptée. L'ordonnance de Moulins, en effet, avait été reçue avec beaucoup de faveur. Or, bien que cette ordonnance ait exigé dans tous les cas un écrit, sans prévoir aucune exception, on ne pouvait pas ne pas en admettre une au cas où l'écrit était perdu. Mais, pour empêcher que l'on ne tournât les prescriptions de l'ordonnance par une simple allégation de perte, les Parlements se servirent des textes romains. Ils exigèrent que la perte fût dûment établie, et elle l'était seulement si on rapportait la preuve du fait précis qui l'avait entraînée. Merlin, au lieu cité, mentionne plusieurs arrêts, dont certains antérieurs à l'ordonnance de 1667 qui devait rendre légale cette exception. Et l'arrêt du 7 ventôse an XI, rendu sur le rapport du Président Maleville, dira que « la jurisprudence, en assimilant aux cas prévus par l'art. 3 celui de la perte d'un écrit, s'est conformée à l'esprit de l'ordonnance et à la disposition des lois romaines, en ne permettant la preuve du contenu en l'écrit perdu qu'autant qu'on

(1) Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416.

(2) Merlin, *Rec. quest. dr.*, v° *Preuve*, § 7.

(3) 2, Cod., *De testamentis*, VI, 23.

(4) 18, Cod., *De testibus*, IV, 20,

y ajouterait celle de la force majeure qui avait causé sa perte » (1). Les testaments, comme les autres actes, étaient soumis à cette règle : c'est ainsi que paraissent s'expliquer deux arrêts du Parlement de Paris des 22 février 1633 (2) et 25 février 1650 (3) qui rejetèrent des demandes de preuve de soustraction d'un testament, les faits allégués n'ayant pas paru décisifs. Les mêmes motifs qui avaient imposé cette solution, tant en droit romain que dans notre ancien droit existent encore de nos jours, car la preuve testimoniale reste tout aussi sujette à caution qu'elle l'était autrefois ; aussi faut-il que la perte de l'écrit ne soit pas douteuse.

141. — Dire qu'il faut établir l'événement de force majeure qui a causé la perte du testament, c'est dire qu'il faut établir l'événement précis qui l'a détruit. Toutefois il ne faut pas interpréter trop rigoureusement cette exigence. Ce qui importe, c'est que si l'on allègue un fait d'où l'on prétend que provient la perte, celle-ci en soit une conséquence directe et nécessaire. Ainsi il a été jugé qu'il n'est pas suffisant d'alléguer que le testament était disparu pendant une visite du fils du *de cujus* (qui avait intérêt à la disparition), car il n'y avait pas relation nécessaire de cause à effet entre la visite de l'héritier et la disparition du testament (4). Mais il n'est pas indispensable d'établir le fait même de la perte ; par exemple, si l'on prétend que le testament a été détruit par un incendie, il n'est pas nécessaire d'établir qu'on a vu précisément brûler le testament lui-même : il suffit de prouver la réalité d'un incendie tel que le testament a dû normalement s'y trouver compris (5). L'important, c'est que le titre *n'existe plus* ; la cause de la perte, requise par une tradition constante, n'est après tout qu'une exigence secondaire : aussi, et à juste titre, les tribunaux se contentent-ils le plus souvent, sur la cause même de la perte,

(1) Cass. sect. réun., 7 ventôse an XI, D. J. G, v° *Obligat.*, 4919-1°.
(2) Bardet, t. 2, liv. 2, ch. 11.
(3) Soefve, t. 1, cent. 3, ch. 24.
(4) Grenoble, 6 août 1901, D. P. 1902. 2. 469, S. 1903. 2. 106.
(5) Comp., dans l'ancien droit : Poullain du Parc, *Principes du droit français*, t. 9, liv. 5, 1re partie, ch. 13, n° 53.

d'une très forte probabilité. Ainsi, il a été jugé suffisant, pour l'application de l'art. 1348-4°, d'alléguer (alors que le testament qui était dans le coffre du défunt au moment de sa mort, n'a pas été trouvé lors de la levée des scellés) que les héritiers s'étaient enfermés seuls au domicile mortuaire pendant une matinée, et que le coffre paraissait bien avoir été fouillé (1); ou encore que, la suppression du testament n'ayant pu être faite par la testatrice, « on pouvait induire avec certitude des circonstances » qu'elle était l'œuvre des défenderesses qui seules y avaient intérêt (2). Dans ces deux cas, la destruction du testament par les héritiers n'était pas absolument certaine (les actions pénales intentées contre eux n'avaient abouti qu'à des décisions de non-lieu et de relaxe), mais elle était néanmoins des plus probables, et comme, par ailleurs, la disparition du testament était indubitable, la preuve testimoniale put être admise. Il y a là une appréciation des circonstances pour laquelle il est impossible de donner des règles fixes : ce qu'il faut avant tout, c'est entraîner la conviction du juge.

142. — Par les exemples ci-dessus donnés, l'on a pu voir qu'il n'y a pas lieu de distinguer, pour l'application de l'art. 1348, entre la perte par accident et la destruction volontaire, ainsi que certains auteurs avaient autrefois tenté de le faire (*suprà*, n° 17). D'ailleurs, dès l'ancien droit (*suprà*, n° 16), les Parlements avaient assimilé aux cas « d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage » ou autres « accidens imprévus » dont parle l'art. 3 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, la dissimulation et la destruction du testament. Sous l'empire du Code civil, cette assimilation ne saurait être discutée. Il est d'ailleurs généralement reconnu que les cas prévus par l'art. 1348 sont purement énonciatifs ; il suffit, pour que cet article s'applique, « qu'il n'ait pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale », ce qui doit ici se transcrire : « qu'il n'ait pas été possible au légataire de conserver le testament ». Cette précision conduit au second

(1) Montpellier, 7 mai 1900, sous Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93.
(2) Trib. civ. Béziers, 23 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 103.

point, à savoir que l'événement qui a causé la perte doit être un « cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure ».

143. — 2° Si, dans la rigueur des principes, il y a une légère nuance entre « fortuit » et « imprévu », il ne semble pas qu'il soit ici nécessaire de distinguer entre les deux. Ce qui ressort surtout de l'expression « cas fortuit, imprévu » employée par le Code, c'est l'idée d'imprévisibilité. Si l'événement qui a causé la perte avait été prévisible, le légataire qui n'a pris contre lui aucune précaution était en faute, et n'a qu'à s'en prendre à lui de l'anéantissement de son titre.

De plus l'anéantissement doit provenir d'une « force majeure », expression qui appelle immédiatement l'idée d'irrésistibilité. Il y aura force majeure dès lors que le légataire n'a pas pu empêcher l'événement, ou, plus exactement, n'a pas pu en empêcher les effets (c'est-à-dire la destruction du testament). Autrement il aurait été négligent de ne pas le faire.

C'est donc, somme toute, les cas de disparition du testament par négligence du légataire qu'a seulement pour résultat d'écarter l'exigence de la démonstration d'un cas fortuit ou de force majeure : elle signifie pratiquement que l'anéantissement doit avoir eu lieu sans la faute du légataire. C'est bien ce qui paraît résulter de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 janvier 1908 qui, pour constituer le cas fortuit de l'art. 1348, relève « que les légataires ont été mis dans l'impossibilité de produire leur titre sans qu'aucune faute puisse leur être imputée » (1). Aussi, il n'y a pas lieu de s'arrêter sur le caractère fortuit et de force majeure de l'événement qui a causé la perte. S'il y a réellement perte ou destruction au sens donné à ces mots (*suprà*, n° 67), l'évènement qui l'aura causée aura été imprévisible et irrésistible pour le légataire.

Ainsi, l'application de l'art. 1348 n'apporte pas de restriction de ce côté au droit du légataire ; les seules restrictions

(1) Req., 21 janv. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416. — C'est déjà en ce sens, semble-t-il, que Req., 10 nov. 1830, D. P. 1831. 1. 77, basé sur l'art. 1335, parle d'actes perdus ou détruits « par cas fortuit ».

qu'il impose sont que l'événement qui a causé la disparition doit être précisé, et surtout que la preuve de cet événement passe à la charge du demandeur (*suprà*, n° 89). Malgré les facilités que peut présenter la preuve testimoniale, c'est là un gros inconvénient pour ce dernier. Aussi s'est-on demandé s'il lui était possible de l'éviter en agissant sur la base de l'art. 1347 C. civ.

B. — *Application de l'art. 1347 C. civ.*

144. — Si le testament est perdu, mais qu'il en existe un commencement de preuve par écrit, va-t-on pouvoir employer la preuve par témoins et par présomptions ? On l'a contesté : « L'hypothèse de la perte du testament par cas fortuit est d'ailleurs la seule dans laquelle la preuve du testament puisse se faire au moyen de la preuve testimoniale » (1). Et l'on invoque en ce sens un arrêt de la Cour d'Orléans du 13 décembre 1862 (2) qui a repoussé la demande d'un légataire, lequel, invoquant un interrogatoire sur faits et articles, prétendait y trouver un commencement de preuve par écrit l'autorisant à faire appel à la preuve testimoniale, en dehors de la démonstration d'un cas fortuit et de force majeure.

Mais cette décision ne doit pas être suivie, car c'est là uniquement l'application d'une opinion d'après laquelle, au cas où l'on invoquerait à la fois la perte d'un titre, et un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale, cette preuve ne pourrait être admise que si la perte avait eu lieu par cas fortuit et de force majeure (3). Cette opinion, en faveur de laquelle on tirait argument d'un arrêt de la Cour suprême (4), pourtant contredit par deux autres (5), a été à juste titre condamnée (6).

(1) D. J. G., S., v° *Disposit. entre vifs*, 622.

(2) Orléans, 13 déc. 1862, D. P. 63. 2. 5, S. 63. 2. 73, note de M. Latailhède.

(3) V. Douai, 4 août 1871, D. P. 73. 2. 194.

(4) Req., 5 déc. 1833, D. J. G., v° *Obligations*, 4919.

(5) Req., 10 nov. 1830, D. J. G., v° *Obligations*, 4278 ; Req., 31 mai 1831, D. J. G., *eod. v°*, 4921.

(6) Sur pourvoi contre Douai, 4 août 1871, précité : Civ. c., 18 août

L'art. 1347, dit la Cour de cassation dans cet arrêt, est conçu en termes généraux, et, pour autoriser la preuve testimoniale dans le cas qu'il prévoit, « il ne fait aucune distinction entre le cas où les parties n'auraient pas constaté leurs conventions par écrit, et celui où, un écrit ayant été rédigé, il ne serait pas représenté ». Ainsi, le demandeur qui invoque l'art. 1347 n'a pas à faire la preuve que son titre s'est perdu par cas fortuit ou force majeure.

145. — Mais, a-t-on dit, l'art. 1347 « est étranger et inapplicable à la matière des testaments pour la validité desquels des formes particulières ont été prescrites ; l'écriture étant de l'essence des dispositions de dernière volonté, elles ne sauraient trouver d'existence légale dans une preuve testimoniale qui ne peut, en dehors des cas de fraude formellement articulés, suppléer au défaut des solennités requises » (1).

Cette argumentation repose sur une confusion. L'art. 1347 est inapplicable aux testaments en ce sens seulement que l'on ne peut pas, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, prouver par témoins et présomptions une volonté testamentaire qui ne s'est pas manifestée dans les formes légales : rien ne saurait en effet remplacer ces formes requises *ad substantiam*. Mais ce n'est pas ce qu'on demande en cas de perte ou de destruction. Par hypothèse, en ce cas, un testament a bien existé, et l'on demande uniquement à démontrer, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, cette existence d'un testament régulier. Il est étrange de voir la Cour d'Orléans parler alors du « défaut des solennités requises », puisque la discussion portait uniquement sur la manière de prouver ces solennités, alors que, par ailleurs, il est de principe certain que la disparition d'un testament n'en détruit pas l'efficacité (2). Aussi n'est-il pas douteux que le léga-

1873, S. 74. 1. 213. En ce sens : Aubry et Rau, t. 12, § 763 *ter*, p. 352, texte et note 1.

(1) Orléans, 13 déc. 1862, précité.

(2) Etant donné surtout que, dans l'espèce, le testament n'était disparu qu'après la mort du testateur.

taire peut, s'il le juge nécessaire, agir par la voie de l'art. 1347 (1).

146. — En fournissant un commencement de preuve par écrit, le légataire pourra donc démontrer son droit, sans avoir besoin d'établir la cause de la disparition de son titre, comme au cas d'application de l'art. 1348; mais encore faut-il qu'il fournisse ce commencement de preuve par écrit. Pour savoir s'il a rempli cette obligation, il suffira d'appliquer les règles ordinaires en la matière. L'art. 1347 al. 2 exige qu'il s'agisse d'un acte écrit, émané de celui contre qui la demande est formée, ou de celui qu'il représente (2), et qui rende vraisemblable le fait allégué. Ce dernier membre de phrase laisse aux juges du fait une liberté complète d'appréciation, et, bien qu'il appartienne à la Cour de cassation d'examiner si les pièces invoquées sont des écrits émanant de la partie à laquelle on les oppose, ils restent libres d'admettre ou non la preuve, suivant les circonstances. Sous cette réserve, doivent être considérés comme suffisants les écrits ou notes émanés du défendeur, des conclusions prises par lui dans une instance, les réponses contenues dans un interrogatoire sur faits et articles (3), etc... D'ailleurs l'article 1347 n'est pas le seul qui s'occupe des commencements de preuve par écrit. En sont aussi : les copies tirées sur la minute d'un acte, depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, par l'officier public compétent, si elles ont moins de 30 ans (art. 1335-2°) (4), ou celles tirées sur la minute par un autre que cet officier public (art. 1335-3°). Peut aussi servir de commencement de preuve par écrit, sous certaines conditions énoncées par l'art. 1336, la transcription d'un acte sur les registres publics, ce qui, pour un

(1) En ce sens : Req., 10 nov. 1830, D. P. 31. 1. 77 ; Lyon, 22 février 1831 (motifs), D. P. 31. 2. 123. C'était déjà la solution de l'ancien droit : Parlem. de Paris, 10 février 1690, *Journ. aud.*, t. 4, l. 5, ch. 6.

(2) C'est-à-dire, semble-t-il, soit de l'héritier défendeur, soit du testateur lui-même Mais la jurisprudence ne paraît pas s'être prononcée sur la question.

(3) *Contra* : Orléans, 13 déc. 1862, D. P. 63. 2. 5, S. 63. 2. 73.

(4) Req., 10 nov. 1830, précité.

testament, s'entend de l'enregistrement (1). Mais des conditions mêmes imposées par l'art. 1336, il résulte que ce texte ne saurait s'appliquer qu'aux actes authentiques, et doctrine et jurisprudence sont d'accord pour refuser de l'étendre aux actes sous seing privé : en ce sens, il a été jugé que l'enregistrement d'un testament olographe, perdu depuis, ne pouvait pas autoriser la preuve testimoniale sur la base de l'article 1347 (2).

A ces cas, qui forment le droit commun, il convient d'ajouter ceux prévus par l'art. 7 de la loi du 15 décembre 1923. Si le titre original a été détruit par suite d'événements de guerre, les extraits analytiques et notes d'audience établis par les magistrats ou les officiers publics ou ministériels compétents, les mentions des répertoires et celles de l'enregistrement peuvent servir de commencement de preuve par écrit. Ce régime est certainement beaucoup plus large que celui du droit commun ; pour l'enregistrement, en particulier, non seulement il n'est plus fait aucune différence entre les actes authentiques et les actes sous seing privé, mais encore il suffira de simples mentions : la transcription entière n'est plus nécessaire. Il est vrai que le légataire doit établir que le testament est disparu par suite d'événements de guerre, ce qui augmente un peu la difficulté de la preuve qu'il doit fournir.

§ 2. — *Administration de la preuve par témoins et par présomptions.*

147. — 1° L'administration de la preuve par témoins se fait, lorsque cette preuve est admise, de la manière ordinaire fixée par le Code de procédure civile, et il n'y aurait rien de spécial à signaler sur ce point si une question inattendue n'avait été soulevée, à propos de la perte d'un testament authentique.

Pour la confection d'un testament devant notaire, la loi

(1) Ou, éventuellement, de la transcription à la conservation des hypothèques pour les testaments contenant une substitution (art. 1069, C. civ.).

(2) Lyon, 22 février 1831, D. P. 1831. 2. 123, S. 31. 2. 280.

exige la présence d'un certain nombre de témoins sans lesquels il serait sans valeur. Si l'acte se perd, et que le légataire demande à le reconstituer, doit-il, pour démontrer la validité du testament qu'il invoque, produire le même nombre de témoins qui auraient dus être présents pour sa confection ?

La question paraît avoir été posée pour la première fois à l'extrême fin de l'ancien droit, par un pourvoi en cassation qui donna lieu à l'arrêt de la Chambre civile du 17 février 1807, dans une espèce où quatre témoins seulement avaient été retenus, alors que, s'agissant d'un testament nuncupatif, sept témoins étaient imposés par l'ordonnance de 1735. Les demandeurs en cassation s'appuyaient sur un passage de Furgole où il est dit notamment « qu'il ne peut y avoir de preuve suffisante si elle n'est accompagnée du témoignage de tous les témoins que la loi requiert pour la validité du testament » (1). La Cour de cassation rejeta le moyen simplement parce qu'il était non recevable, sans en discuter le fond (2). Mais, même au fond, cet argument ne se soutenait pas : il est facile de faire remarquer que l'opinion de Furgole était relative à la résumption des testaments nuncupatifs non écrits, et non à la destruction des testaments. En ce dernier cas, on ne fait pas un testament, on rétablit l'acte disparu. Alors les témoignages doivent être bien plutôt pesés que comptés ; il appartient aux juges de savoir s'ils sont ou non convaincus que les formalités légales ont été observées : le nombre des témoins ne fait rien à l'affaire, mais seulement la précision et la sincérité de leurs témoignages. Aussi le système proposé a-t-il été à juste titre repoussé par la Cour d'Aix, lorsqu'il a été à nouveau présenté devant elle (3).

(1) Furgole, *Tr. des testam.*, ch. 2, sect. 5, n° 5.

(2) Civ. r. (sur ce moyen), 17 février 1807, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2523, S. 07. 1. 97.

(3) Aix, 15 nov. 1842, P. 44. 2. 151, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2527. Au xvie siècle, Boiceau avait déjà donné cette solution (*Tr. preuve par tém.*, 1re partie, ch. 15, n° 6) ; il demandait toutefois deux témoins, par application des principes alors en vigueur. Actuellement, un seul serait suffisant. Pour le testament olographe, il n'a jamais été mis en doute qu'un seul témoin suffisait : V. les espèces de Req., 8 déc. 1902,

148. — 2° Quant aux présomptions invoquées, elles peuvent être des plus diverses. La loi s'en remet à l'appréciation des juges, aux « lumières et à la prudence du magistrat ». Il suffit que les faits invoqués puissent entraîner la conviction du juge. Toutes les circonstances qui, sans faire par elles-mêmes une preuve complète, tendent à démontrer l'existence juridique, la régularité et le contenu d'un testament disparu peuvent être retenues. Il en sera ainsi, par exemple, de l'enregistrement d'un testament olographe (1), puisque cet enregistrement ne vaut pas comme commencement de preuve par écrit (si tout au moins le testament n'est pas disparu par suite de faits de guerre). De même, les dépositions de témoins ne connaissant les faits que par ouï-dire (lesquelles dépositions ne valent pas preuve entière), seront retenues comme présomptions. Ainsi, le témoignage d'une personne, rapportant des déclarations du testateur relatives à son testament, appuyé d'autres présomptions concordantes (désordre de l'armoire du *de cujus* prouvant que celle-ci avait été fouillée par les héritiers ; offre par ces derniers à la servante d'une somme d'argent pour tenter d'obtenir son silence, etc.), a pu être considéré comme suffisant (2) (3).

D'autres présomptions ont donné lieu à quelques doutes : ce sont celles que l'on peut tirer d'une procédure d'instruction criminelle lorsque, par exemple, le testament a été frauduleusement détruit ou soustrait. Les juges peuvent-ils faire état des résultats acquis au cours de l'instruction ? Pour M. Hugueney (4), cette question pose deux problèmes déli-

D. P. 1903. 1. 93 ; Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295 ; comp. Req., 15 nov. 1926, D. H. 1926. 545.

(1) Bordeaux, 26 avril 1843, *Journ. arr. Bordeaux*, t. 18, p. 269.

(2) Crim., 15 mars 1929, S. 1930. 1. 353, avec la note de M. Roux, *Rev. crit.*, 1930, p. 285, observations de M. A. Trasbot.

(3) Pourrait aussi être retenu comme présomption le décalque obtenu sur un livre-copie de lettres (Civ., 16 mai 1923, D. P. 1926. 1. 29, S. 1923. 1. 337. V. *supra*, n° 66, en note). Il faudrait en dire autant, par analogie, d'une reproduction photographique du testament, cette reproduction ne pouvant pas donner certitude complète sur certains points (par exemple : uniformité de l'encre employée, détails de graphie, etc.), pour lesquels elle est inférieure à un bon décalque.

(4) Hugueney, *Revue trimest. dr. civ.*, 1922, p. 674.

cats : d'abord celui de savoir dans quelle mesure il est possible, au cours d'un procès civil, de faire appel à une procédure criminelle ; en second lieu, celui de savoir jusqu'où s'étend l'autorité des faits invoqués.

Le second point est pratiquement moins grave qu'il ne le paraît. Il semble devoir être rare que la théorie de l'influence du criminel sur le civil ne puisse facilement donner la solution des difficultés qui pourraient s'élever. Ou bien il y aura décision d'une juridiction de jugement qui alors fera autorité pour tout ce qui aura été « nécessairement et certainement jugé » ; ou bien, cette décision n'ayant pas été rendue, les juges civils s'appuient sur une instruction en cours, ou terminée par une ordonnance de non-lieu. Ni les constatations de l'instruction, ni celle de l'ordonnance ne peuvent s'imposer au civil. Les juges ont habilement tourné la difficulté en ne reconnaissant aux faits qu'ils invoquent que la valeur de simples présomptions, échappant même par là au reproche qu'on aurait pu leur faire de s'appuyer sur une enquête non contradictoire, ce qui serait contraire aux règles de la procédure civile (1).

Le premier point, au contraire, a été longtemps douteux. Mais, à l'heure actuelle, il est certain que le juge civil pourrait se faire communiquer une procédure pénale terminée par jugement ou arrêt (2) ; qu'il pourrait, mais cette fois, avec l'autorisation du Procureur général, obtenir communication d'une information en cours (3). La question est plus délicate lorsque l'instruction a été terminée par une ordonnance de non-lieu. Il paraît difficile de reconnaître au prévenu le droit de refuser cette communication, car il peut justement avoir grand intérêt à ce refus. Faut-il alors accorder le droit d'autorisation au Procureur général ? A défaut de texte formel, il serait tout aussi logique de le donner au

(1) Montpellier, 7 mai 1900, et sur pourvoi : Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 93, S. 1904. 1. 132 ; Trib. civ. Béziers, 23 mars 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 103 ; comp. : Cour d'ass. Seine-Infér., 24 février 1893, S. 96. 1. 478.

(2) Arg. art. 885 C. pr. civ. ; comp. Req., 8 déc. 1902, précité.

(3) Art. 64 et 65 décret du 5 octobre 1920.

tribunal lui-même (1). Bien que le juge d'instruction ait des pouvoirs considérables, son rôle n'est après tout que de constater les faits. Les juges civils, surtout en matière de disparition de testament, ont eux aussi tout intérêt à connaître la vérité, et toute la vérité : leur refuser le droit de se servir des constatations de la procédure pénale, c'est les obliger à ordonner une enquête qui aurait pour but d'établir les mêmes faits déjà connus par l'instruction pénale. A quoi servirait ce détour ?

Section IV. — La preuve par l'aveu et le serment.

149. — 1° L'aveu et le serment peuvent sans aucun doute être employés comme modes de preuve ; ils ont même, sur la preuve testimoniale, l'avantage de pouvoir servir dans quelque contestation que ce soit (sauf l'exception de l'art. 1355). Dès lors, il n'y aura pas besoin d'établir la cause de la perte du testament : le demandeur pourra les invoquer toutes les fois que la disparition sera réellement une perte ou une destruction.

A vrai dire, on ne rencontre pas le serment invoqué comme mode de preuve dans les procès relatifs aux cas de perte ou de destruction de testament : ce qui s'explique facilement, car ce moyen est quelque peu aléatoire dès qu'il y a en jeu une somme importante. Il est évident, par exemple, qu'un légataire soucieux de ses intérêts ne va pas déférer le serment au défendeur qui a lui-même soustrait le testament, et, même si le défendeur n'est pas coupable et ne fait que bénéficier d'une perte fortuite, il est à redouter que les espèces trébuchantes et sonnantes qu'il détient ne fassent taire la voix de sa conscience, et ne l'emportent sur la crainte des pénalités problématiques de l'art. 366 du Code pénal.

L'aveu, au contraire, se rencontre parfois, car une maladresse est facile à commettre, même pour un plaideur retors.

(1) Sur toutes ces questions : v. Demontès, *L'action « ad exhibendum » en droit moderne*, p. 200 et suiv.

La situation du demandeur sera alors favorable, car, sur les points avoués, il n'aura plus besoin de rien prouver. Ainsi, l'existence d'un testament est irrévocablement établie par l'aveu du défendeur ou de son ayant cause (1).

150. — 2° L'aveu a posé, en matière de perte ou de destruction de testament, une difficulté particulière dans l'hypothèse suivante : un héritier, ou un légataire, supprime un testament ; actionné, il avoue ce fait, mais ajoute que le testament anéanti ou bien n'était que la répétition d'un précédent testament qui l'instituait légataire, ou bien ne contenait aucun legs au profit des demandeurs. Et alors, il se prévaut de l'art. 1356 al. 3, du Code civil, et déclare que son aveu ne peut être divisé contre lui. Faut-il vraiment appliquer la règle de l'indivisibilité de l'aveu ?

La jurisprudence paraît décevante : la Cour d'Orléans, dans le premier cas rapporté, a rejeté l'indivisibilité ; la Cour de Riom, dans le second, l'a implicitement appliquée, et les pourvois contre ces deux arrêts ont été rejetés par la Cour de cassation (2). Cependant, le désaccord n'est qu'apparent. En effet, si l'on examine la question du point de vue théorique, l'on doit dire que le défendeur, en avouant l'existence du testament, y a relevé une circonstance qui en altère les effets juridiques (l'inexistence d'un legs au profit des demandeurs) : c'est là un aveu qualifié, et, en principe, cet aveu est indivisible (3). Mais il est reconnu que l'indivi-

(1) Civ., 1er sept. 1812, D. J. G., vo *Disposit. entre vifs*, 2526, S. 1813. 1. 133 ; Req., 3 mai 1841, D. P. 41. 1. 233, S. 41. 1. 720 ; Caen, 31 janv. 1856, sous Civ , 12 déc. 1859, D. P. 60. 1. 334.

(2) Orléans, 7 mars 1818, et sur pourvoi : Civ. r., 29 février 1820, D. J. G., vo *Dispos. entre vifs*, 2532 ; Riom, 8 août 1898, et sur pourvoi : Req., 25 juillet 1900, D. P. 1901. 1. 358, S. 1901. 1. 142.

(3) Pour M. Bartin (sur Aubry et Rau, t. 10, § 647, p. 453, note 8 *ter*), il n'y aurait pas indivisibilité de l'aveu, celui-ci étant un aveu complexe. Il semble qu'il y ait plutôt aveu qualifié ; mais, même si l'on voit dans cet aveu un aveu complexe, comme il y a connexité entre ses deux parties, il faudrait tout de même appliquer l'art. 1356. L'aveu fait par l'héritier ou le légataire coupable est en tous points semblable aux aveux faits par un fidéicommissaire, ou par le bénéficiaire d'un don manuel, lesquels ont été déclarés indivisibles : Dijon, 22 nov. 1865, D. P. 65. 2. 224 ; Caen, 28 nov. 1861, D. P. 62. 2. 103 ; Orléans, 6 mars 1895, D. P. 96. 2. 213.

sibilité de l'aveu ne doit plus être appliquée dès lors que celui-ci est entaché de fraude ou que les circonstances donnent aux juges des doutes sérieux sur sa sincérité. Or, c'est justement le cas. La rétention ou la suppression du testament n'est-elle pas presque toujours frauduleuse ? Pourquoi le défendeur retient-il ou a-t-il détruit le testament, sinon parce que celui-ci le gênait ? Il se peut que le testament n'ait pas contenu de legs au profit des demandeurs, mais, de toute façon, n'est-il pas certain qu'il contenait des legs (ou tout au moins des dispositions intéressantes à connaître) ? L'existence même du testament ne démontre-t-elle pas que le testateur a pris des dispositions, quelles qu'elles soient ? Par suite, le juge pourra fort bien diviser l'aveu.

Ce sont bien là les motifs déterminants de la jurisprudence. « Le principe de l'indivisibilité de l'aveu cesse d'être applicable, dit la Cour d'Orléans, toutes les fois qu'il s'agit d'un acte ou d'un fait argué de dol ou de fraude .... c'est dans cette classe que doit nécessairement être rangée la rétention d'un testament » (1). Et la Cour de cassation, en décidant (2) que les juges du fait avaient pu, par appréciation des circonstances, reconnaître exacte la déclaration que le deuxième testament ne contenait aucun legs au profit des demandeurs, a implicitement admis que si ces juges avaient découvert une fraude quelconque, ils auraient pu, et même dû, ne pas tenir compte de cette déclaration.

151. — La solution donnée par cet arrêt répond en même temps à une autre question : n'aurait-on pas pu dire que l'aveu ainsi fait est toujours entaché de fraude, et que, par suite, il ne faut jamais en tenir compte ? Du moment, dirait-on, qu'il existait un testament, et que l'héritier l'a caché ou détruit, il y a toujours fraude, car ce testament contenait nécessairement des dispositions de dernière volonté du testateur, que personne n'a le droit de recéler.

Mais la solution contraire a été justement adoptée par l'arrêt précité. Le procès, en effet, est limité au demandeur

(1) Orléans, 7 mars 1818, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2532.
(2) Req., 25 juillet 1900, D. P. 1901. 1. 358, S. 1901. 1. 142.

et au défendeur : il ne s'agit pas alors de savoir s'il y a fraude en général, mais seulement de savoir si le fait du défendeur revêt un caractère dolosif et frauduleux vis-à-vis du demandeur. S'il apparaît à peu près certain que le testament contient bien des legs, il se peut que ces legs ne soient pas au profit du demandeur, qui ne peut alors relever aucune fraude, faute d'intérêt. Par suite, on doit dire que, suivant les circonstances de la cause, le juge admettra ou n'admettra pas l'aveu fait devant lui.

Ainsi la difficulté qui, au premier abord, paraît être une question de droit, n'est, en réalité, qu'une question de fait. Là encore, il y a, comme le dit la Cour de cassation, « appréciation des circonstances ». Les juges du fond se décideront d'après la vraisemblance que donneront les faits invoqués par le demandeur, ce qui ne manque pas d'avoir une grosse importance pour ce dernier, car, en principe, leur appréciation est souveraine.

Section V. — Des pouvoirs des juges en matière de preuve.

152. — 1° On déclare ordinairement que, pour l'interprétation des différents faits qui leur sont soumis, les juges du fond sont souverains. Cette règle ne saurait guère être discutée ; il n'est pas possible de concevoir que la Cour de cassation puisse juger les faits. Procéder à une enquête, et en tirer les conclusions, apprécier les circonstances, peser les présomptions, tout cela ne peut qu'être laissé aux juges du fond. Si l'interprétation d'une convention n'est pas, en principe, du domaine de la Cour de cassation parce que, pour cette interprétation, il y a lieu de se livrer à l'examen des faits de la cause, il doit en être *a fortiori* de même lorsque la demande n'est fondée que sur des faits, indépendamment de tout écrit. Aussi, en matière de perte ou de destruction de testament, de nombreuses décisions de la Cour de cassation ont rappelé la règle de la souveraineté des juges du fond (1).

(1) Civ., 12 déc. 1859, D. P. 60. 1. 334, S. 60. 1. 630 ; Req., 25 juillet 1900 (solut. implic.), D. P. 1901. 1. 358 ; Req., 8 déc. 1902, D. P. 1903. 1.

Mais, si le principe est certain, il n'est pas, et il ne peut pas être général et absolu ; aussi convient-il d'en fixer la portée. Ce qui n'est pas soumis au contrôle de la Cour de cassation, ce sont uniquement les constatations des faits que les juges déclarent résulter des preuves administrées, mais les décisions encourent la censure de la Cour suprême pour tous les points de droit qu'elles tranchent. Cette distinction est conforme au rôle que doit jouer la Cour de cassation : son but est d'assurer l'unité de jurisprudence : par suite, toute proposition de droit doit être examinée par elle ; mais elle n'a pas à se préoccuper des circonstances de fait de l'affaire, celles-ci étant essentiellement variables avec chaque espèce, et ne mettant pas en jeu l'unité de la jurispudence.

153. — La seule difficulté qui puisse subsister, c'est qu'il peut être parfois délicat de faire la discrimination entre le fait et le droit (1). En général, cependant, la distinction est aisée. Sont des constatations de fait, par exemple, l'appréciation de la régularité (2) et du contenu (3) du testament. Est au contraire un principe de droit l'affirmation par la Cour d'appel que le légataire n'a pas à prouver la régularité de son titre lorsque celui-ci est perdu (4), ou l'assimilation de la production d'un décalque à celle de l'original, sans spécifier que celui-ci ait été perdu par cas fortuit (5). Autrement dit, pour affirmer l'existence des faits qu'ils déterminent, les juges du fond ne doivent pas avoir eu besoin de mettre en jeu une règle juridique quelconque (notamment, en ce qui concerne l'existence du testament : les principes relatifs à la révocation ; en ce qui concerne la régularité : les principes relatifs à la charge de la preuve).

93, S. 1904. 1. 132 ; Req., 29 juin 1903, S. 1904. 1. 114 ; Req., 21 janvier 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 295, J. N. 1908, art. 29.416 ; Req., 1er août 1927 (solut. impl.), *Gaz. Pal.*, 1927. 2. 895.

(1) V. Marty, *La distinction du fait et du droit*, thèse, Toulouse, 1929.

(2) Civ., 12 déc. 1859 ; Req., 25 juillet 1900 ; Req., 8 déc. 1902 ; Req., 21 janvier 1908, précités.

(3) Req., 25 juillet 1900 ; Req., 21 janvier 1908, précités.

(4) Civ. c., 17 février 1807, D. J. G., v° *Dispos. entre vifs*, 2523, S. 07. 1. 97.

(5) Civ. c., 16 mai 1923, D. P. 1926. 1. 29, S. 1923. 1. 337.

L'appréciation du contenu du testament apparaît à première vue la seule question qui soit purement de fait. Mais encore n'en est-il ainsi qu'autant que les juges se bornent à enregistrer les renseignements qui leur sont fournis, car ils n'ont pas le pouvoir de les interpréter (1). Cette affirmation semble au premier abord assez surprenante, puisque, normalement, les juges ont le pouvoir d'interpréter les testaments. Mais la solution paraît cependant bien exacte, car, si, lorsque le testament est représenté, les juges du fond ont un souverain pouvoir pour l'interprétation de la volonté du testateur, ils ne doivent pas pour cela la dénaturer. Or, permettre aux juges du fond d'interpréter les termes d'un testament non représenté, serait les laisser libres, en pratique, de dénaturer la volonté du testateur, sans qu'aucun recours soit possible, puisque la Cour de cassation n'a aucun droit de contrôle sur les enquêtes, présomptions ou autres faits qui leur ont servi. Pour éviter les abus auxquels pourrait donner lieu l'autorisation d'interpréter les testaments disparus, la Cour de cassation (2) l'a sagement refusée. Mais, ceci posé, l'on doit à la vérité d'avouer que cette règle est destinée à rester à peu près lettre morte. Pour l'éluder, il suffira aux juges du fait de rédiger leur décision en prenant soin de déclarer que le sens donné par eux aux volontés du testateur résulte des circonstances de la cause et des dépositions des témoins.

154. — 2° Une conséquence de cette règle (appréciation souveraine par les juges du fond des faits et des circonstances qui leur sont soumis) est particulièrement nette au cas de preuve par témoins ou par présomptions : les juges peuvent refuser de recevoir cette preuve dès qu'elle leur paraît sujette à caution. En ce cas, il leur suffit de déclarer les faits non probants pour que leur décision soit inattaquable. Ce point n'a jamais été discuté. Dans ses conclusions préalables à l'arrêt de la Chambre civile du 11 juin 1810, rendu dans une question de perte de testament, le Procureur-général

(1) Req., 29 juin 1903, S. 1904. 1. 114.
(2) Req., 29 juin 1903, S. 1904. 1. 114.

Merlin disait : « De ce que, comme le dit cet article (l'article 1348 C. civ.), la loi prohibive de la preuve par témoins en toute matière au-dessus de 150 francs reçoit exception toutes les fois qu'il s'agit de délits ou de quasi-délits, il s'ensuit que les juges *peuvent* admettre la preuve par témoins de la suppression d'un testament ; mais qu'ils le *doivent* dans tous les cas, mais que, dans tous les cas, ils y soient tenus à peine de cassation, c'est ce que le Code civil ne dit pas, c'est ce qu'il n'aurait pas pu dire sans ouvrir la porte aux plus grands abus » (1). Si, par exemple, les faits allégués sont invraisemblables (2), s'il résulte des faits de la cause que la demande n'est pas fondée (3), les juges ne sont pas obligés d'admettre cette preuve.

155. — 3° Il y a plus, et les juges n'ont pas seulement le pouvoir de rejeter dès l'abord une demande fantaisiste. Une vieille tradition veut que la preuve par témoins soit des plus douteuses. Le peu de confiance que les juges, héritiers de cette tradition, ont dans les dépositions des témoins, les a conduits, au cas où la preuve testimoniale seule est proposée pour établir la perte ou la destruction d'un testament, à lui imposer des conditions très strictes. Les juges peuvent, en ce cas, avoir des doutes ; ils peuvent n'être pas convaincus de la réalité du fait qu'on demande à prouver, et craindre que, sous le couvert d'une allégation de perte ou de destruction de testament, on ne cherche à établir, grâce à des témoins circonvenus, une disposition qui n'existait pas. Aussi de nombreuses décisions exigent elles, suivant les expressions d'un arrêt de la Cour de Bourges (4), « une sorte de garantie de la vérité des dépositions », garantie qu'elles ne peuvent trouver « que dans les faits ou les écrits existants par eux-mêmes et indépendants des témoins ». La Chambre civile ayant, par arrêt du 11 juin 1810 (5), rejeté le pourvoi

(1) Merlin, *Rec. alph. quest. droit*, v° *Testament*, § 16.
(2) Paris, 17 août 1821, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 2522.
(3) Rouen, 8 juin 1885, *Rec. arr. Rouen*, 1885, p. 101. Comp. Poitiers, 18 mars 1885 (sous Req., 16 juillet 1885), D. P. 86. 1. 289.
(4) Bourges, 20 janvier 1808, rapporté par Merlin, *Rec. quest. droit*, v° *Testament*, § 16.
(5) Civ., 11 juin 1810, rapporté par Merlin, *op.* et *loc. cit.*

formé contre l'arrêt de Bourges, la légalité de cette exigence ne fut plus discutée en jurisprudence. Les cours d'appel et les tribunaux ont eu plusieurs fois l'occasion d'affirmer soit qu'il faut présenter des présomptions de l'existence du testament (1), soit que les faits allégués doivent être graves, précis et concordants (2), ou encore qu'ils doivent donner aux juges une conviction entière, absolue (3). Plus généralement, il faudra que les circonstances soient telles qu'aucun soupçon de doute ne vienne entacher les dépositions des témoins. Au point de vue purement théorique, il est certain que cette exigence ne se trouve pas écrite dans le Code civil (4) ; mais, après tout, il semble bien qu'elle corresponde à son esprit. Le but de l'exception prévue par l'article 1348 n'est que de mettre la règle posée par l'art. 1341 en accord avec le bon sens et l'équité. Si l'usage de cette exception apparaît dangereux, et contraire aux motifs de sécurité qui ont fait édicter la nécessité d'un écrit, il est juste que l'on devienne plus rigoureux pour son admission ; ce qui doit être laissé à la perspicacité des juges. D'ailleurs, entre le fait de repousser une demande comme invraisemblable, et le fait d'exiger à l'appui de cette demande des présomptions graves, la nuance est bien faible. Et si le premier point doit être admis, il faut bien qu'il en soit de même du second.

(1) Grenoble, 27 avril 1831, D. J. G., v° *Dispositions entre vifs*, 2531 ; Lyon, 15 février 1888, D. J. G., S, *eod. v°*, 620.

(2) Trib. civ. Le Blanc, 17 mars 1897, S. 99. 2. 129 ; Grenoble, 6 août 1901, D. P. 1902. 2. 469, S. 1903. 2. 106.

(3) Liége, 17 février 1926, D. H. 1926. 185, *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 573.

(4) V. Savatier, *Revue trim. dr. civ.*, 1926, p. 455.

TROISIÈME PARTIE

ÉTENDUE DE L'EFFICACITÉ DU TESTAMENT PERDU OU FRAUDULEUSEMENT DÉTRUIT

CHAPITRE PREMIER

EXÉCUTION DIRECTE DU TESTAMENT

156. — Lorsque le demandeur a réussi à faire la preuve qu'il a été institué par un testament qui, bien que supprimé, n'en est pas moins efficace, il a droit au legs à lui fait, et peut en réclamer l'exécution. Celle-ci devra avoir lieu exactement comme si le légataire représentait le testament lui-même. Toutefois, il y a lieu de noter une différence lorsque le testament était olographe ou mystique. S'il avait pu être produit, il aurait dû être soumis aux formalités prévues par l'art. 1007 du Code civil. Or ces formalités deviennent sans objet lorsque le testament est perdu ou détruit avant leur accomplissement : il est clair qu'on ne peut plus alors faire décrire son état. D'ailleurs, elles sont inutiles, car la description par le Président du Tribunal et le dépôt chez un notaire ont surtout pour but de conserver au testament, par crainte de fraude, son état original. Lorsqu'il est reconstitué par jugement, aucune fraude postérieure n'est à craindre. Aussi les intéressés, les héritiers par exemple, ne pourraient pas se plaindre de l'inaccomplissement des formalités imposées par l'art. 1007. De même, si la succession se trouve soumise à une loi étrangère, l'inaccomplissement des formalités prévues par cette loi ne peut pas être opposé au léga-

taire (1). Sous cette réserve de bon sens, le testament doit donc être exécuté comme s'il était représenté. Mais cette exécution peut soulever quelques difficultés tant au point de vue civil qu'au point de vue fiscal.

Section I. — Exécution au point de vue civil.

157. — 1° Une fois ses droits établis, le légataire doit être mis en possession soit de tout ou partie de la succession, soit d'objets déterminés, suivant le legs à lui fait. Il n'y a pas de difficulté si les objets légués existent encore en nature entre les mains du défendeur, ou bien si le légataire a eu la précaution de faire nommer un séquestre (art. 1961-3° C. civ.), lequel lui fera reddition de ses comptes en même temps qu'il lui remettra les objets légués. Mais il se peut, si le défendeur (que ce soit un héritier ou un légataire précédemment institué) est resté quelque temps en possession, qu'il ait disposé de choses dépendant de la succession. La situation peut alors être embarrassante, car le tiers avec qui le possesseur aura traité sera souvent de bonne foi. Et, si le testament a disparu par suite d'un fait étranger au défendeur, et que celui-ci a ignoré, il a pu être lui aussi de bonne foi, et aliéner en se croyant légitime propriétaire. On se trouvera alors en présence de trois personnes de bonne foi ; pour donner gain de cause à l'un, il faudra nécessairement sacrifier les autres.

Il semble que l'on doive résoudre la difficulté en appliquant la théorie dite de l'héritier apparent. En principe, les actes d'administration normaux seront maintenus ; il en sera ainsi si l'héritier a agi comme l'aurait fait un bon père de famille. Mais il n'en est pas de même pour les actes de disposition qui, eux, portent directement et gravement atteinte aux droits du légataire, légitime propriétaire. Si l'acquéreur est de mauvaise foi, il devra restituer la chose. S'il est de bonne foi, une distinction s'impose : on annulera

(1) Pau, 14 février 1882, S. 84. 2. 129, avec la note de M. Lespinasse.

les actes de disposition à titre gratuit (1) car alors le légataire, qui cherche à éviter une perte, est préférable au tiers, qui cherche à se procurer un gain ; mais on devra maintenir les actes de disposition à titre onéreux, car les deux parties étant alors également intéressantes, le principe de la sécurité des transactions doit faire préférer l'acquéreur (2). Le légataire n'est d'ailleurs pas pour cela sacrifié, car il aura droit au prix touché par l'héritier. Ce droit au prix n'est guère discutable ; mais, en vertu de quel principe lui sera-t-il reconnu ? On pourrait penser au principe que nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui ; mais alors le légataire n'aurait qu'un droit de créance tout à fait insuffisant si l'héritier était insolvable. Aussi faut-il plutôt y voir une application de la maxime *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii.* Le prix touché tient lieu du bien aliéné ; il est devenu une chose de la succession ; par suite, le légataire a sur lui un droit de propriété qui lui permet de le revendiquer sans avoir à craindre le concours des créanciers de l'héritier.

158. — 2° A côté des actes portant sur le capital, l'héritier aura presque toujours effectué d'autres opérations : la perception des fruits et revenus. En cette matière, le droit du légataire est fixé par les art. 1005 et 1014 C. civ., combinés, en tant que besoin sera, avec les art. 549 et 550. L'héritier de bonne foi ne peut se voir réclamer les fruits que conformément aux règles posées par les art. 1005 et 1014 (3). Mais s'il est lui-même responsable de la disparition du testament, ce fait doit normalement être regardé comme ayant empêché le légataire de jouir du legs ou de former sa demande en délivrance dès le décès du testateur, et, par suite, le légataire aura droit aux fruits à compter de ce jour, quels que soient le legs qui lui soit fait et la date à laquelle il a intenté son action (4).

(1) En ce sens : Lyon, 19 juin 1906, *Mon. jud. Lyon,* 3 sept. 1906.

(2) Voy. H. Mazeaud, *La maxime* « Error communis... », *Revue trim. droit civil,* 1924, p. 931.

(3) Comp. : Civ., 24 février 1834, D. J. G., v° *Propriété,* 311 ; Civ., 21 janvier 1852, D. P. 52. 1. 56.

(4) Comp. : Aix, 14 août 1837, D. J. G., v° *Propriété,* 348-3°. Si la

Ainsi, la mauvaise foi du défendeur se trouve prise en considération, et il sera avantageux pour le demandeur de la démontrer. D'ailleurs son effet ne se borne pas aux restitutions soit en capital, soit en fruits ou intérêts : l'héritier apparent coupable est responsable de tout le préjudice causé au légataire (art. 1382 et 1383 C. civ.). Si l'action en restitution n'est pas possible contre le tiers acquéreur, et que le légataire justifie qu'il aurait eu intérêt à posséder la chose elle-même, des dommages-intérêts spéciaux pourront lui être alloués. De même, le légataire peut demander, en réparation du préjudice par lui éprouvé, non seulement tous les fruits ou intérêts, mais encore un complément d'indemnité consistant soit en une somme fixe, soit en intérêts composés des valeurs indûment retenues, même depuis une date antérieure à celle de la demande, les articles 1153 et 1154 C. civil étant étrangers aux intérêts compensatoires.

159. — 3° Mais, si l'héritier a pu tirer un bénéfice des biens qu'il détenait, il se peut aussi qu'il ait fait divers travaux pour leur entretien ou leur amélioration. Traditionnellement, on applique au règlement des dépenses ainsi engagées l'art. 1381 C. civ. Le légataire doit tenir compte à l'héritier des dépenses nécessaires et utiles faites pour la conservation de la chose, tout au moins, en ce qui concerne les impenses utiles, jusqu'à concurrence de la plus-value, si celle-ci est inférieure à la dépense. Il n'est fait en principe aucune distinction suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi ; il en est de même en ce qui concerne les dépenses voluptuaires : tout possesseur a droit au *jus tollendi :* il peut enlever les objets placés par lui à condition de ne rien détériorer.

Toutefois, à cette assimilation par l'art. 1381 C. civ. des possesseurs de mauvaise foi à ceux de bonne foi, il y a lieu d'apporter, sinon une exception, tout au moins une limita-

perte du testament a eu lieu sans la faute de l'héritier apparent, mais est venue à la connaissance de celui-ci, c'est du jour où cette perte a été portée à sa connaissance qu'il a été de mauvaise foi et, par suite, il doit les fruits à partir de ce jour (ou éventuellement à partir du jour du décès par application de l'art. 1005).

tion en ce qui concerne les réparations d'entretien. Celles-ci sont en effet considérées comme une charge des revenus, et par suite, elles incombent entièrement à celui qui en bénéficie. Le possesseur de mauvaise foi devant restituer tous les fruits, le légataire devra lui tenir compte du montant de ces réparations ; mais le possesseur de bonne foi doit les supporter puisqu'il conserve les fruits (1).

Section II. — Exécution au point de vue fiscal.

160. — Les restitutions respectives des parties étant ainsi réglées au point de vue civil, il reste, comme suite à la décision reconnaissant les droits du légataire, un autre point délicat : à savoir les situations du légataire reconnu et de son adversaire au point de vue fiscal. Le défendeur, qui se trouvait en possession des objets légués avec un titre paraissant régulier, devait normalement acquitter les droits de mutation par décès, ceux-ci étant en principe perçus d'après la propriété apparente (2). S'il ne l'a pas fait, la situation est simple : le légataire vient prendre sa place ; c'est lui que l'Enregistrement actionnera directement. Le légataire a d'ailleurs, pour souscrire sa déclaration, un délai de six mois à compter de la décision qui reconnaît ses droits (3).

Mais la situation est plus complexe lorsque le défendeur a lui-même acquitté les droits de mutation par décès. Par suite de la reconnaissance des droits du légataire, cette imposition ne correspond plus à rien, puisque le défendeur n'a jamais été propriétaire des objets légués. *A priori*, il

(1) Comp. : Paris, 11 juillet 1851, D. P. 55. 2. 143.

(2) Req., 20 oct. 1926 (motifs), D. H. 1927. 5, S. 1927. 1. 73 ; Pilon, *Principes et technique des droits d'enregistrem.*, t. 1, n° 654 et suiv.

(3) En effet, jusqu'à la décision qui déclare efficace le testament, le légataire n'a aucun titre, ni aucun droit ; par suite il doit être assimilé au titulaire de droits litigieux. — Le délai accordé par l'art. 74 du Code de l'enregistrement court du jour même du jugement non frappé d'appel (et non pas du jour où il est devenu définitif) (v. les décisions citées dans Besson, *Traité pratique de l'impôt progressif des successions*, n°s 102 et 211), ou, s'il y a appel, du jour de l'arrêt confirmatif (v. Besson, *op. cit.*, n°s 211 et 212). *Adde :* Pilon, *op. cit.*, t. 1, n° 767-2°.

devrait donc y avoir restitution des droits acquittés par l'héritier, et nouvelle imposition du légataire. Mais les principes rigides du droit fiscal compliquent cette situation simple en apparence. La restitution et la nouvelle imposition sont-elles toujours possibles ?

L'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, par souci d'assurer la stabilité des ressources du Trésor, déclarait que les droits n'étaient plus restituables lorsqu'ils avaient été régulièrement perçus, quels que fussent les événements ultérieurs. Et d'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, un droit était régulièrement perçu lorsque le receveur avait fait une exacte application des tarifs aux actes produits et aux déclarations des parties. Lorsqu'un droit de mutation par décès avait été perçu, la preuve d'un testament anéantissant les droits de l'héritier n'était-elle pas un de ces événements ultérieurs ne pouvant motiver la restitution des droits ? Logiquement, oui. Le droit avait été bien et légitimement établi d'après la situation apparente : il n'était plus restituable. Mais alors intervenait une autre règle, la règle *non bis in idem*, d'après laquelle un même fait juridique ne peut donner lieu qu'à une seule perception d'un même droit d'enregistrement. Dès lors, l'impôt ayant été perçu une fois, le Trésor ne pouvait plus rien réclamer au légataire dont le droit venait à être reconnu (1). Ce système était contraire à l'équité, et contraire aussi, bien souvent, à l'intérêt du Trésor, le légataire étant ordinairement étranger au défunt, et par suite imposable à un tarif plus élevé que les héritiers. Aussi, par délibération du 8 octobre 1846 (2), l'Administration décida que la découverte d'un testament, même postérieure à la déclaration, n'était pas un des « événements ultérieurs » prévus par la loi de frimaire, mais qu'au contraire, ce testament établissait *ab initio* les droits du légataire. Par suite, la restitution était possible, la perception n'ayant pas été faite régulièrement. Cette argumentation, exacte au point de vue civil, était peut-être discutable au

(1) Req., 13 oct. 1814, D. J. G., v° *Enregistrement*, 4074.

(2) D. P. 46. 4. 255, J. N., art. 12.830. *Adde :* Délibér. 30 avril 1825 et 18 août 1826, J. N., art. 5236. Comp. toutefois : Trib. civ. Baugé, 7 juin 1882, *Répertoire périodique de l'enregistrement*, 6149.

point de vue fiscal. Mais toute difficulté a cessé depuis la loi du 18 janvier 1912 (devenue l'art. 238 C. enregistr.) qui est venue remplacer l'art. 60 de la loi du 22 frimaire an VII : maintenant la restitution est certainement légale. A la suite de la décision reconnaissant l'efficacité d'un testament perdu ou détruit, la perception faite à l'encontre de l'héritier apparent est annulée, et une nouvelle perception est faite d'après le testament.

Les droits indûment perçus sont donc en principe restituables (1). Mais il n'en est pas toujours ainsi. Par exemple, il a été jugé que, lorsqu'une veuve, légataire universelle de sa fille, a compris dans la déclaration de son legs des immeubles que la testatrice avait recueillis dans la succession de son père, elle ne saurait invoquer, pour réclamer la restitution des droits perçus sur lesdits immeubles, un testament olographe de son mari découvert depuis la déclaration, dès l'instant où les circonstances de la cause laissent présumer qu'en réalité l'intéressée n'a ignoré à aucun moment l'existence de ce testament, et qu'elle l'a laissé dans l'ombre en vu notamment d'atténuer le montant de l'impôt (2). Cet arrêt, fondé sur ce que la réclamante ne pouvait invoquer aucune erreur de fait de sa part, semble bien consacrer la doctrine de l'Administration, d'après laquelle la restitution ne peut être ordonnée que si le testament a été réellement ignoré des parties (3). Si donc l'héritier a détruit ou dissimulé le testament, il ne pourra plus, lorsqu'il aura été dépos-

(1) Si, toutefois, le double délai de prescription de cinq ans et d'un an prévu par la loi du 31 janvier 1914 (art. 241 C. enreg.) n'est pas écoulé. Sur les conditions d'application de cette loi : v. Instruction 3395, p. 15.

Lorsque la prescription est acquise, la restitution directe n'est plus possible. En ce cas, l'Administration se reconnaît le droit d'imputer les droits payés par l'héritier, sur les droits dus par le légataire, contre lequel l'héritier évincé a alors un recours. Ainsi, la perception originaire se trouve annulée malgré la prescription, et l'Administration peut poursuivre le légataire, sans que ce dernier puisse lui opposer la règle *non bis in idem*. Ce moyen habile de tourner la loi, fondé sur le raisonnement subtil, emprunté à Merlin, « qu'imputer n'est pas restituer », a reçu l'agrément de la Cour de cassation (v. Civ., 13 avril 1825, D. P. 25. 1. 270; Civ., 9 août 1871 (motifs), D. P. 71. 1. 314).

(2) Req., 20 oct. 1926, D. H. 1927. 5, S. 1927. 1. 73, avec la note de M. Esmein.

(3) Rappr. Instruction 1200 § 14.

sédé, réclamer le montant des droits qu'il aura acquittés : c'est une juste punition de sa fraude (1).

161. — La restitution des droits, dans les cas où elle a lieu, peut être opérée de deux façons : ou bien l'Administration restituera directement les droits perçus à l'héritier apparent dépossédé ; ou bien elle imputera les droits déjà payés sur les droits dus par le légataire, et l'héritier apparent aura alors une action en recours contre le légataire véritable jusqu'à concurrence des droits payés par lui. Bien que les deux moyens aient le même but (la restitution de la somme indûment perçue) il y a entre eux quelques différences. En premier lieu, si la restitution est directe, l'héritier apparent est sûr d'être remboursé par le Trésor ; au contraire, en cas d'imputation du paiement, il court le risque du recours contre le légataire, ce qui peut sembler désavantageux. En second lieu, et en sens inverse, lorsque la restitution est directe, l'héritier apparent n'a droit qu'à la somme même qu'il a versée ; et il ne peut pas réclamer les intérêts des sommes restituées, même du jour de la demande ; car, dit la jurisprudence constante de la Cour de cassation, un impôt ne peut être augmenté ou diminué qu'en vertu d'une loi (2). S'il y a imputation, au contraire, la Cour de Grenoble a décidé que celui qui est évincé par la découverte d'un testament a droit au remboursement par celui qui l'écarte des droits de mutation payés par lui, avec l'intérêt du jour où ils ont été payés (3). Mais cette décision semble erronée. En effet, non seulement elle aboutit à une différence notable entre les deux modes de restitution, ce qui est incompréhensible, mais surtout, elle paraît provenir d'une analyse inexacte de la situation. Si l'héritier apparent a un recours contre le légataire, c'est parce qu'il est censé avoir payé une dette, qui, en réalité, incombe à celui-ci, pour le compte de

(1) En ce cas, par application de la règle *non bis in idem*, l'Administration ne peut pas réclamer de second droit au véritable légataire (argum. Req., 13 oct. 1814, précité). C'est dire qu'elle opérera ou refusera la restitution suivant son intérêt.

(2) Civ. c., 6 nov. 1900, D. P. 1901. 1. 186 et références.

(3) Grenoble, 4 août 1869, D. P. 73. 5. 217.

la succession, c'est-à-dire en définitive, pour le compte du légataire. Mais celui-ci étant complètement étranger au paiement ne peut pas être tenu envers le payeur d'intérêts qu'il ne doit pas au Trésor ; il ne peut être tenu que dans la limite des avantages procurés par la gestion (1). Or, l'obligation, pour le légataire dont le droit est reconnu, d'acquitter les droits de mutation ne commence à courir que du jour de la décision reconnaissant ses droits (*suprà*, n° 160), et il a un délai de six mois à compter de ce jour. Jusque-là, l'héritier apparent peut bien réclamer la somme versée, mais cette somme seulement, puisque c'est d'elle uniquement que profite le légataire. Ce n'est qu'après ce délai de six mois, et si le légataire n'avait pas encore souscrit sa déclaration, que l'héritier qui a payé pourrait lui demander une indemnité supplémentaire, et encore, conformément aux principes qui régissent l'action *de in rem verso*, il faudrait comparer l'appauvrissement de celui qui a payé, et l'enrichissement du légataire, et limiter l'indemnité à la plus faible des deux sommes (2).

(1) Comp. : Civ., 20 mars 1900 (motifs), D. P. 1901. 1. 477.

(2) L'appauvrissement de l'héritier apparent est représenté par les intérêts légaux de la somme versée courus depuis le jour où la décision reconnaissant le testament est intervenue (car, jusqu'à ce jour, l'héritier apparent était héritier au regard du fisc et comme tel tenu au paiement des droits) ; et l'enrichissement du légataire par la diminution de pénalité dite amende de retard (art. 123 C. enregistr.) résultant du fait que la somme payée par l'héritier apparent se trouve versée en temps utile au compte du légataire.

CHAPITRE II

EXÉCUTION INDIRECTE DU TESTAMENT

162. — Les règles ci-dessus posées ne trouvent leur application que si les conditions d'efficacité du testament existaient toutes, et que le légataire a dûment prouvé leur réunion. Mais les preuves à fournir pour arriver à ce résultat sont nombreuses et difficiles : aussi il arrive assez fréquemment que le légataire prétendu échoue dans son essai de reconstitution. Cependant, il peut se faire que, bien que la preuve ne soit pas entièrement rapportée, les juges aient la conviction intime qu'il existait bien, et réellement, un testament efficace. N'est-il pas regrettable de ne pouvoir alors exécuter la volonté du testateur parce qu'une des exigences de la loi ne sera pas complètement remplie ? Cette impossibilité d'exécution devient particulièrement choquante lorsque le testament a été détruit par le défendeur, ou est retenu par lui. Faute de pouvoir établir, par exemple, le montant exact du legs, et bien que celui-ci soit moralement établi, le légataire va-t-il être privé de tout? La jurisprudence n'a pas voulu aboutir à un résultat aussi injuste, et elle s'est efforcée de donner satisfaction au légataire, lorsque la reconstitution du testament s'est révélée en partie impossible. Dans certains cas, elle réussit à accorder au demandeur les objets mêmes qui paraissent lui avoir été légués ; dans d'autres cas, elle lui donne seulement un équivalent pécuniaire. Ce sont des moyens indirects d'exécution, parfois fort intéressants pour le légataire.

Section I. — Exécution indirecte en nature.

163. — Il est clair qu'il n'est pas toujours possible aux tribunaux, même lorsqu'ils ont la conviction que la demande du prétendu légataire est fondée, d'ordonner en sa faveur le délaissement de l'objet légué. Par hypothèse, le testament n'a pas pu être complètement reconstitué ; par suite, le titre dont se prévaut le défendeur, que ce soit la loi, ou un testament, reste entier, et ne peut pas être méconnu. Aussi n'est-ce que par artifice, et dans deux cas seulement, que l'on peut arriver à tenir compte du legs fait par le *de cujus*.

§ 1. — *Exécution en nature à titre de réparation.*

164. — Lorsque le défendeur, héritier ou légataire, retient et cache le testament, les tribunaux, continuant une vieille tradition, se reconnaissent le droit, pour arriver à sa représentation, de condamner le récalcitrant à délaisser les biens de la succession ou l'objet du legs (*suprà*, n° 120). Cette condamnation est, en principe, simplement comminatoire. Mais, si le défendeur ne s'exécute pas, soit par obstination, soit parce qu'il a détruit le testament, le demandeur reste en possession. Comme la condamnation prononcée est ce qui paraît être l'objet du legs, la volonté du testateur se trouve ainsi accomplie, autant qu'il a été possible (1).

La jurisprudence est même allée plus loin : si un légataire institué par un premier testament en a frauduleusement détruit un second, il a causé un dommage aux héritiers *ab intestat*, ceux-ci ayant toujours le droit d'exiger la représentation du testament (v. *suprà*, n° 118). La suppression de celui-ci, leur ôtant en fait les moyens de le combattre, s'il y avait lieu, leur a causé un préjudice. Par suite, ils ont droit à une réparation, laquelle peut consister dans la dévolution de la succession *ab intestat* (2). La révocation

(1) V. Grenoble, 1er juillet 1875, D. J. G., S, v° *Disposit. entre vifs*, 618, S. 76. 2. 142.

(2) Req., 3 juin 1829, D. P. 1829. 1. 266.

que, dans l'espèce de cet arrêt, paraissait bien contenir le second testament, ne pouvait pas produire directement d'effet, puisque ce n'était qu'une probabilité, mais elle s'est trouvée respectée indirectement. Ainsi, l'équité a été satisfaite, sans que la rigueur des principes ait été atteinte (v. *infrà*, n° 173).

§ 2. — *Exécution en nature à titre de pénalité pour le défendeur coupable.*

165. — Un second cas d'exécution indirecte et en nature du testament ne serait-il pas possible ? Si un héritier ou un légataire a détruit un testament, cette atteinte aux volontés du *de cujus* ne le rend-il pas incapable de recueillir la succession ou le legs à lui fait ? Si cette solution était admise, la succession, ou le legs, reviendrait soit aux héritiers *ab intestat*, soit aux héritiers subséquents. A vrai dire, la jurisprudence n'a jamais explicitement consacré cette solution ; mais on peut se demander si elle ne résulte pas implicitement de quelques décisions.

166. — Autrefois, il n'y avait sur ce point aucun doute. Le droit romain prononçait déjà cette pénalité. Un fragment de Marcellus (1) déclare que l'hérédité doit être enlevée à l'héritier de celui qui a anéanti le testament de son père, d'où il résulte nécessairement que le coupable n'y avait aucun droit *Si quis patris sui testamentum aboleverit, et quasi intestatus decessisset, pro herede gesserit, atque ita diem suum obierit, justissime tota hereditas paterna heredi ejus eripitur.* Et cette décision semble devoir être généralisée et étendue à tout héritier, quel qu'il soit. En ce qui concerne le légataire, Justinien décida, en l'an 531, pour trancher un cas douteux, que le légataire qui cachait un testament, et le montrait ensuite, ne pouvait pas réclamer le legs qui lui avait été fait (2).

Notre ancien droit avait adopté ces solutions, et déclarait indigne de la succession ou du legs l'héritier ou le légataire

(1) 26, Dig., *De lege de Cornelia de falsis*, XLVIII, 10.
(2) 25, Cod., *De legatis*, VI, 37.

qui avait supprimé un testament. Boutillier l'enseigne déjà, en ce qui concerne le légataire : « La loy escrite veut et ordonne pour oster et punir toute fraude en fait de testament, et que les dernières volontez aux morts puissent estre briefuement accomplies, que s'il est aucun qui recelle le testament d'aucun après sa mort et retarde qu'il ne vienne à cognoissance et à effect, sçachez que si tost que le testament peut venir à cognoissance, celui qui ainsi le recelle doit perdre tout le preu et bénéfice que par le testament pouvoit et devoit avoir, ne riens ne lui en doit estre donné » (1). Tel était encore le droit du XVIIIe siècle : deux frères, convaincus d'avoir supprimé le testament de leur sœur, furent déclarés indignes de sa succession par sentence du Châtelet du 3 mars 1733, confirmée par arrêt du 19 mai suivant (2). La même solution est enseignée par tous les auteurs (3).

Mais cette cause d'indignité n'a pas été reproduite par le Code civil ; existe-t-elle encore aujourd'hui ? La réponse n'est pas unique, et il y a lieu de distinguer suivant que la destruction a été commise par un héritier ou par un légataire.

(1) Boutillier, *Somme rurale*, 1re Partie, titre 103, *De celer testament* (*Edit. Charondas*, p. 601).

(2) Code Louis XV, t. 4, p. 415 ; Denisart, *Collect. de décis.*, vo *Testament*, no 155. Dans deux espèces tranchées respectivement par arrêt du Parlement de Paris du 3 avril 1677 (*Journal des audiences*, t. 3, liv. 4, ch. 12) et par arrêt du Grand Conseil du 9 décembre 1692 (*Journal du Palais*, t. 12, p. 1), l'indignité ne fut pas prononcée, mais, dans la première espèce, il n'était pas établi que le papier supprimé fût réellement un testament, et dans la seconde la destruction fut prouvée imputable à une personne autre que celle qu'on accusait. — Il faut d'ailleurs reconnaître que la jurisprudence n'était pas absolument unanime : un arrêt du Parlement de Grenoble du 19 déc. 1640 (Basset, t. 1, liv. 5, titre 1, chap. 3), tout en déclarant indigne un fils qui avait brûlé le testament de son père, lui réserva cependant sa légitime. Bretonnier (dans ses *Nouvelles observations* sur Henrys, suite du livre 5, ch. 104) mentionne un arrêt du Parlement de Paris, rendu dans l'affaire de Rostain (*suprà*, no 121) qui refusa de déclarer l'indignité d'un fils qui avait recélé le testament de son père par ce motif que la demande, poursuivie pourtant par les filles du défunt, sœurs du coupable, était « une vieille recherche, qui tendait à ruiner plusieurs illustres familles ». Comme le dit Bretonnier, approuvé par Furgole : « sçavoir si cette raison est juridique ; j'en laisse le jugement au lecteur ».

(3) Bretonnier, *op.* et *loc. cit.* ; Lebrun, *Traité des successions*, liv. 3, ch. 9, no 14 ; Furgole, *Traité des testaments*, ch. 6, sect. 3, nos 176 à 180 ; Denisart, *op. cit.*, vo *Indignité*, no 13 ; Merlin, *Rép. de jurisprudence*, vo *Indignité*, no 9-2°.

A. — *Destruction par un héritier.*

167. — Si le testament a été anéanti par un héritier, il est certain que celui-ci n'est pas indigne. L'article 727 du Code civil prévoit seulement trois cas d'indignité : ces cas sont certainement limitatifs, et il n'est pas possible d'y comprendre la destruction du testament. Cependant, cette destruction apparaît comme une atteinte grave à la volonté du testateur, et qu'il serait moral de ne pas laisser impunie. Le fait que, jusqu'au Code civil, on a considéré la destruction du testament comme une cause d'indignité, ne montre-t-il pas qu'une peine quelconque serait nécessaire (1) ?

Aussi a-t-on cherché le moyen de punir l'héritier coupable, et, pour cela, on a pensé à l'art. 792 C. civil (2). D'après cet article, les héritiers qui auraient diverti ou recélé des objets d'une succession ne peuvent prétendre à aucune part dans ces objets. Or la jurisprudence a donné à ce texte la plus large portée : « toute manœuvre dolosive, toute fraude commise sciemment » (3) entraîne l'application de l'art. 792 ; il suffit, dit-on encore, « que les agissements tendent à priver certains des copartageants de droits qui leur sont acquis soit par la volonté licite du *de cujus*, soit par la loi » (4). Par application de cette idée, la jurisprudence décide que l'héritier qui, à l'aide d'un faux testament, a cherché à s'approprier une succession, peut voir prononcer contre lui une déchéance totale de ses droits héréditaires (5). La situation, dit-on, n'est-elle pas exactement semblable en cas de suppression

(1) V. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Paris, 1904.

(2) Comp. : Savatier, *Revue trim. dr. civ.*, 1929, p. 1139.

(3) Civ., 15 avril 1890, D. P. 90. 1. 437.

(4) Desbois, note sous Req., 22 oct. 1928, D. P. 1929. 1. 101.

(5) Civ., 15 avril 1890, précité ; Req., 5 février 1895, D. P. 95. 1. 200. — Ces décisions ont été critiquées (Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. 4, n° 294-4°) par ce motif que « ce n'est pas comme héritier *ab intestat* que le coupable spolie la succession, mais comme pourrait le faire un tiers quelconque ». Ce n'est pas bien convaincant, car on pourrait en dire tout autant de toutes les fraudes commises par un cohéritier (par exemple de la soustraction d'objets mobiliers, laquelle peut être commise tout aussi bien par un tiers que par un héritier, et qui, cependant, entraîne sans aucun doute l'application de l'art. 792 C. civ.).

de testament? L'héritier cherche là aussi à s'approprier la succession indûment, au détriment du légataire. En présence des deux arrêts ci-dessus mentionnés de la Cour de cassation, on peut donc se demander s'il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'art. 792 C. civ. au cas de destruction d'un testament. Et l'on peut remarquer que, si la Cour de Dijon, lorsque cette argumentation lui fut soumise, n'a pas appliqué la pénalité prévue à des légataires universels coupables d'avoir recélé un testament, c'est uniquement parce qu'ils l'avaient ensuite représenté volontairement, et fait délivrance des legs qui y étaient contenus, et qu'il est généralement admis que l'art. 792 n'est plus applicable au cas où les coupables rapportent spontanément les objets divertis ou recélés (1).

168. — Cette argumentation est-elle exacte? Peut-être, mais elle paraît sans intérêt. Il y a lieu en effet de remarquer que l'art. 792 prononce la déchéance de la part des « objets divertis ou recélés », ce qui implique nécessairement que ces objets sont connus. Au cas où l'héritier a prétendu se servir d'un faux testament, la question ne soulève pas de difficulté, le titre supposé indiquant clairement les prétentions du coupable. Mais, au cas de destruction de testament, si l'héritier a voulu bénéficier de quelque chose, on ne sait pas au juste de quoi. Il faudrait, pour justifier l'application de l'art. 792, faire la preuve du contenu du testament. Mais, comme il faudrait aussi rapporter la preuve que la destruction avait bien porté sur un testament (puisqu'il faut que la destruction ait eu pour but ou pour résultat un changement de dévolution des biens) et que, par ailleurs, la destruction fait présumer la régularité du titre détruit (*suprà*, n° 101), toutes les conditions nécessaires à l'efficacité du testament se trouveraient réunies. Et alors, il y aurait lieu non à application de l'art. 792, mais à exécution pure et simple du legs. Normalement donc, l'argumentation proposée n'aboutit pas (2). Il n'y a donc pas de pénalité civile applica-

(1) Dijon, 25 février 1898, D. P. 99. 2. 127, S. 99. 2. 245.

(2) Cependant, il pourra peut-être se trouver des cas où l'exécution du testament n'aura pas lieu, alors que l'application de l'art. 792 C. civ. serait possible. Mais de tels cas paraissent devoir être très rares.

ble à l'héritier coupable d'avoir détruit le testament du *de cujus* ; c'est là une lacune regrettable de notre droit moderne.

B. — *Destruction par un légataire.*

169. — Toute autre est la situation dans le second cas : celui de la destruction du testament par un légataire. L'art. 1046 C. civ. admet la demande en révocation des dispositions testamentaires dans les cas prévus par l'art. 954 C. civ. et les deux premières dispositions de l'art. 955. La seconde disposition de ce dernier article est intéressante en ce qu'elle admet la révocation lorsque le légataire s'est rendu coupable « de délits ou injures graves » envers le testateur. Il faut en rapprocher l'art. 1047 C. civ. qui permet la révocation pour injure grave à la mémoire du testateur. La destruction d'un testament par un légataire précédemment institué ne doit-elle pas être rangée parmi ces délits ou injures graves, et, comme telle, entraîner la révocation du premier testament ? La Cour de Bordeaux a répondu par la négative, car, dit-elle, ce n'est pas là un délit envers le testateur, mais seulement envers ses héritiers, et ce n'est pas non plus une injure grave envers lui, parce que : « en matière de révocation de libéralités, il faut se renfermer strictement dans (les causes) stipulées par la loi ; elles ne doivent pas être étendues » (1). Cette décision a été approuvée par la grande majorité de la doctrine (2), et Laurent, en particulier, affirme que la destruction du testament n'est pas une injure grave envers le testateur parce qu'elle « empêche l'exécution de ses dernières volontés : la mémoire du défunt n'en souffre point ».

170. — Est-ce bien exact ? Il ne le semble pas.

1° Il convient de réfuter tout d'abord cet argument de l'arrêt de Bordeaux qu'en matière de révocation il faut se renfermer dans les dispositions expresses de la loi. Ce que la loi a prévu, ce sont les motifs de révocation, et ces motifs

(1) Bordeaux, 25 juin 1846, D. P. 49. 2. 80, S. 46. 2. 654.

(2) Laurent, t. 14, n° 259 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, t. 2, n° 2811. — *Contrà* : Demolombe, *Donat. et testam.*, t. 5, n° 277.

sont certainement limitativement déterminés. Mais, à l'intérieur de chacun d'eux, le juge est parfaitement libre de déclarer que tel fait vaut ou ne vaut pas révocation ; il est parfaitement libre de déclarer, en particulier, que tel fait constitue ou non une injure grave. La loi n'a pas, et ne pouvait pas déterminer les faits précis qui vaudraient révocation ; tout dépend des circonstances dans lesquelles ces faits se sont produits, de l'intention surtout du légataire. Ainsi, la Cour de cassation, en décidant, dans une espèce qui lui était soumise, que le détournement de valeurs de la succession n'était pas une injure grave, a eu soin de réserver le cas où ce détournement aurait eu pour but ou pour effet de porter atteinte à la mémoire du testateur (1).

2° Or, est-il possible de prétendre sérieusement que la destruction d'un testament par un légataire n'est pas une injure grave parce qu'elle empêche simplement l'exécution des volontés du *de cujus* ? En quoi donc alors doit consister l'injure grave ? Voici une personne qui a disposé de ses biens par testament : si elle l'a fait, elle avait des motifs. Il lui plaisait que ses biens fussent en telles mains et non pas en telles autres. Un légataire vient anéantir son œuvre, et l'on dit qu'il n'y a pas injure grave ? C'est envisager le testament d'un point de vue bien matérialiste. Le testament n'est pas un simple mode de dévolution des biens. Si, comme dans le très vieux droit romain, et dans l'ancien droit français, il n'a plus pour bases des motifs religieux, il n'en est pas moins fondé sur des motifs d'affection particulièrement importants : en quelque sorte, c'est encore, suivant l'expression de Boutillier, « l'âme du testateur ».

Pourquoi d'ailleurs une injure grave faite au testateur emporte-t-elle révocation du legs ? Simplement parce qu'on suppose que si cette injure avait été faite au testateur de son vivant, et était venue à sa connaissance, il n'aurait pas institué le légataire ou aurait révoqué l'institution déjà faite.

(1) Civ. c., 25 juin 1822, D. J. G., v° *Disposit. entre vifs*, 4300. La cour de renvoi ayant jugé que la soustraction était un délit envers le testateur, comme ayant été commise avant son décès, la Chambre civile rejeta le nouveau pourvoi formé contre cet arrêt : Orléans, 12 juin 1823, et Civ. r., 24 déc. 1827, D. J. G., *loc. cit.*

Croit-on que, si le légataire avait détruit un testament du vivant et à la connaissance du testateur, celui-ci n'aurait eu aucune réaction en présence de ce geste de mépris pour ses dernières volontés, de cet irrespect insolent du légataire envers celui qui lui a laissé une partie de sa fortune ? Il est possible d'affirmer le contraire. Or, ce que le testateur aurait fait, le juge doit le faire, puisqu'il en a le pouvoir, et qu'il peut déclarer que cette destruction est une injure grave entraînant la révocation du testament.

171. — Demolombe (1) a pris soin de noter que la Cour de Bordeaux s'est gardée de rendre générale sa décision, et qu'elle en a, au contraire, singulièrement limité la portée en déclarant que le fait allégué ne présentait pas, « dans l'espèce » le cas prévu par le n° 2 de l'art. 955 C. civil. Mais, il faut aller plus loin, et déclarer inexacte la décision de la Cour de Bordeaux (2). Quelques années plus tard, en effet, la Chambre civile (3) refusait de révoquer le legs fait à un légataire qui avait attaqué un testament, mais elle en donnait pour motif que ce légataire avait contesté seulement l'identité de l'écrit présenté comme exprimant ces dispositions, ajoutant « que son action n'était donc point une de ces actions contre la volonté même du testateur, qui était considérée comme une injure à sa mémoire, et dont la témérité était punie de l'exclusion de sa succession pour cause d'indignité ». Ainsi, une atteinte à la volonté du testateur est, pour la Cour de cassation, une cause suffisante d'indignité, ce qui est conforme à la morale la plus élémentaire. Mais, le fait par un légataire de détruire un testament n'est-il pas justement une de ces atteintes, et des plus brutales, à la volonté du testateur, et ne doit-il pas, par suite entraîner l'exclusion de son auteur ? En présence de l'arrêt de la Cour

(1) Demolombe, *op. et loc. cit.*

(2) Si on compare l'arrêt de Bordeaux avec l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1822, on relève des analogies frappantes. La Cour de Bordeaux n'aurait-elle fait qu'une transposition des motifs de l'arrêt de cassation ? Cette transposition ne s'expliquerait guère.

(3) Civ., 30 juillet 1861, D. P. 63. 1. 82.

de cassation du 30 juillet 1861, l'affirmative ne paraît guère douteuse (1).

Si donc il y a bien lieu d'appliquer la théorie de la révocation des legs pour délits et injures graves, et de déclarer exclu de la succession le légataire coupable, la part de celui-ci bénéficiera à d'autres. Il est intéressant de remarquer que le bénéfice de la condamnation ne profite pas nécessairement au légataire institué par le testament supprimé ; c'est l'héritier *ab intestat* (ou, éventuellement, un autre légataire précédemment institué ou un colégataire) qui recueille la part du coupable, puisque, par hypothèse, le testament n'a pas pu être complètement reconstitué. C'est seulement au cas où le testament détruit portait révocation du legs universel fait au légataire coupable que la révocation pour délits ou injures graves équivaudra à l'exécution de la volonté du *de cujus*. Dans les autres cas, l'héritier se trouve bénéficier de la succession, alors que, normalement, elle ne devait pas lui revenir, mais bien au légataire institué. Il n'y a rien là de choquant. Du moment que le legs fait à un légataire coupable est révoqué judiciairement, il retourne à l'héritier ; ce résultat se produit quelle que soit la cause de la révocation. Et si, ici, l'héritier le recueille malgré l'existence d'un second testament, c'est uniquement à cause des difficultés de reconstitution d'un testament détruit.

Section II. — Exécution du testament par équivalent : allocation de dommages-intérêts.

172. — Les cas d'exécution indirecte et en nature du testament, pour quelqu'intéressants qu'ils soient, sont fort limi-

(1) Conformément aux principes posés par la Cour de cassation, un arrêt de la Cour de Poitiers du 28 nov. 1864, D. P. 65. 2. 160, a révoqué la donation faite à une personne qui avait fabriqué un faux testament. Il y avait bien en effet atteinte à la volonté du donateur (et la même atteinte que serait une suppression de testament). Si l'on avait suivi l'opinion de la Cour de Bordeaux et de Laurent, on aurait dû dire que le faux testament ne faisait qu'empêcher l'exécution des volontés du *de cujus*, et par suite qu'il n'y avait pas lieu à révocation. La Cour de Poitiers a repoussé ce système à juste titre.

tés, et, par suite, ne satisfont pas complètement l'équité. L'exécution en nature suppose d'ailleurs que le coupable de la destruction est celui qui en a bénéficié, et a recueilli les biens ; il ne peut plus en être question si la suppression a été commise par un étranger. Mais, lorsque le testament a été détruit ou soustrait par quelqu'un, il n'est pas douteux que c'est là un fait délictueux, un délit ou un quasi-délit civils. La destruction ou la soustraction d'un testament, lorsqu'elle empêche le légataire de bénéficier de son legs, lui porte préjudice. Et il est de règle générale que tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Aussi a-t-on pensé à accorder des dommages-intérêts au légataire frustré par suite de la disparition du testament.

L'idée n'est pas nouvelle : on la trouve déjà appliquée par un arrêt du Parlement de Paris du 3 avril 1677 (1) dans l'espèce suivante : le demandeur se plaignait de la destruction d'un testament par une légataire universelle précédemment instituée, un notaire, et le mari de la *de cujus* ; ces derniers soutenaient qu'il ne s'agissait que d'un projet ; le demandeur ne rapportant aucune preuve à l'appui de ses affirmations, on ne put déclarer qu'il y avait eu testament valable, mais on accorda 3.000 livres de dommages-intérêts.

Notre jurisprudence moderne a plusieurs fois appliqué ce procédé. Pour avoir droit à des dommages-intérêts, il est nécessaire que le prétendu légataire ait au moins établi l'existence d'un testament, et sa destruction. Il ne suffirait pas d'alléguer qu'il a été brûlé ou pris des papiers au domicile du *de cujus*, si rien ne vient établir que ces papiers contenaient des dispositions testamentaires. Il faut nécessairement que les actes d'imprudence ou de négligence reprochés aient eu pour but ou pour résultat la destruction ou la perte d'un testament (2). Mais cette preuve suffit, d'après la juris-

(1) Parlem. de Paris (2e des Enq.), 3 avril 1677, *Journ. des aud.*, t. 3, liv. 4, ch. 12.

(2) Civ., 30 déc. 1902, D. P. 1903. 1. 151, S. 1904. 1. 313 ; Civ., 22 mars 1905, J. N. 1905, art. 28.558 ; v. toutefois : Req., 22 mars 1899, D. P. 1899. 1. 402. — Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu destruction frauduleuse d'un testament : il suffit que l'anéantissement provienne

prudence, pour justifier l'allocation de dommages-intérêts. Des apparences, quelquefois assez vagues, sont considérées comme suffisantes sur les autres points, notamment quant au contenu du testament. On trouve un arrêt qui accorde des dommages-intérêts pour la lacération d'un papier, encore qu'il ne fût pas établi que ce papier contint révocation d'un précédent testament, parce que, s'il y avait incertitude sur la nature et le caractère de l'écrit, c'était par le fait du coupable (1). Ainsi que le porte un autre arrêt, on accorde des dommages-intérêts égaux aux legs « paraissant avoir été faits » (2). Une simple probabilité suffit (3). Mais la réalité et le montant du préjudice subi par le demandeur ne sont pas positivement établis (v. *infrà*, n° 174).

d'une imprudence ou d'une négligence engageant la responsabilité d'une personne quelconque : ainsi un notaire, dépositaire d'un testament olographe, doit indemniser le légataire de la perte du testament qu'il a, par négligence, laissé ronger par les rats (V. les décisions citées par Amiaud, *Tr. formul. du notariat*, 5e édit., v° *Testam. olographe*, n° 19).

A la destruction, il faut assimiler la rétention du testament qui peut donner lieu, dans les mêmes conditions, à allocation de dommages-intérêts : Cour ass. Seine-Infér., 7 janvier 1892, D. P. 92. 2. 70, et sur pourvoi : Crim. r., 12 mai 1892, D. P. 93. 1. 271 ; Cour ass. Seine-Infér., 24 février 1893, et sur pourvoi : Crim. r., 16 nov. 1893, S. 96. 1. 478.

Il s'agit dans ce cas de dommages-intérêts représentant le legs, qu'il faut distinguer des dommages intérêts pour retard dans la production du testament. La légitimité de ces derniers n'est pas discutable, qu'ils soient accordés à un légataire (Dijon, 25 février 1898, D. P. 99. 2. 127, S. 99. 2. 245 ; Caen, 17 février 1908, D. P. 1908. 2. 245) ou à des tiers (Trib. civ. Fontainebleau, 4 janvier 1906, D. P. 1906. 5. 62 ; Trib. civ. Seine, 14 janv. 1909, D. P. 1909. 5. 52) (Voy. *suprà*, n° 118).

(1) Rouen, 13 août 1825, et sur pourvoi Req., 27 février 1827, D. P. 1827. 1. 156, S. 1827. 1. 228.

(2) Montpellier, 23 mai 1832, D. P. 33. 2. 116. Comp. : Toulouse, 17 janvier 1876, D. P. 77. 2. 5, S. 76. 2. 141. Si le legs portait sur des choses autres qu'une somme d'argent (si, par exemple, il s'agissait du legs de la totalité d'une succession) le montant du préjudice pourrait être fixé par état : Cour d'assises Seine-Infér., 7 janvier 1892, D. P. 92. 2. 70. — Conformément aux principes admis, la condamnation à des dommages-intérêts est solidaire contre les coupables : Montpellier, 23 mai 1832, précité.

(3) V. par exemple : Req., 22 mars 1899, D. P. 99. 1. 402.

Section III. — Appréciation.

173. — Que valent ces moyens indirects d'exécution des volontés du *de cujus* ? Il y a lieu de distinguer.

1° Lorsqu'il s'agit d'une exécution en nature, soit comme moyen de contrainte pour faire restituer le testament retenu, soit comme suite à la révocation pour ingratitude prononcée contre le légataire coupable, on ne peut pas critiquer le résultat obtenu. Vainement dirait-on que l'on exécute ainsi le testament sans qu'une preuve complète ait été rapportée. Car l'exécution n'est pas le but principal cherché, ce n'est qu'une conséquence de la condamnation prononcée contre l'héritier ou le légataire coupable ; ce n'est qu'une attribution des biens de la succession, et non pas une exécution proprement dite du testament. La meilleure preuve en est que cette attribution de biens peut être faite à un autre qu'au légataire institué par le testament supprimé : elle est indépendante du contenu de celui-ci.

174. — 2° La situation n'est plus la même en cas d'allocation de dommages-intérêts : là, le résultat cherché est d'exécuter autant que possible les volontés dernières du *de cujus*. Tel est certainement le but poursuivi par la jurisprudence. Mais, pour allouer des dommages-intérêts, il est de principe constant qu'il doit non seulement y avoir eu faute du défendeur, mais encore que cette faute ait causé un préjudice au demandeur. Quand y aura-t-il préjudice en matière de destruction de testament ? Il faudrait pour cela qu'il soit établi de façon non douteuse que le testament contenait un legs au profit du demandeur, et même, il faudrait connaître le montant du legs pour permettre d'évaluer le dommage. Les preuves de l'existence et de la destruction du testament sont tout à fait insuffisantes, car elles n'établissent nullement la réalité et le montant du préjudice. Mais, si toutes ces preuves (existence et destruction d'un testament ; existence et montant du legs) étaient rapportées, le testament serait reconstitué en entier, la validité étant présumée par suite de la destruction. Il y aurait lieu alors non pas à dom-

mages-intérêts, mais à exécution du testament (1). Faut-il donc conclure que la jurisprudence commet une erreur en allouant des dommages-intérêts dans le cas où cette exécution n'est pas possible, c'est-à-dire dans des cas où la preuve de la réalité du dommage causé n'a pas été faite? Oui, dans la rigueur des principes, car cette jurisprudence est contraire aux règles qui veulent qu'on n'accorde des dommages-intérêts que pour un préjudice certain dans son existence (2 et 3).

175. — Mais n'est-ce pas faire montre d'un excès de logique? Ne serait-il pas juste de dire avec Merlin que, si l'on n'a pas de certitude sur l'existence et le montant du préjudice, c'est « par l'effet du délit même; l'auteur du délit ne doit donc pas profiter d'une incertitude dont il est seul la cause; c'est donc contre lui que cette incertitude doit être interprétée »? (4). En ce cas, comme en celui où l'on empêche le *de cujus* de faire ou de retoucher son testament, la jurisprudence, en accordant des dommages-intérêts, prononce une sorte de pénalité contre le coupable; la somme allouée a pour but tout autant de punir le fautif que de dédommager la victime. La condamnation prend un caractère moral qu'il n'est guère possible de méconnaître. C'est

(1) Il est curieux de constater que cette difficulté avait déjà été aperçue dans l'ancien droit. L'arrêtiste du *Journal des audiences* rapporte que lors de la discussion préalable à l'arrêt du Parlement de Paris du 3 avril 1677, précité, plusieurs magistrats firent observer qu'en accordant des dommages-intérêts pour la lacération d'un papier qu'on prétendait être un testament, la Cour le considérait implicitement comme un testament valable. On aurait donc dû, d'après eux, lui faire produire effet, c'est-à-dire annuler le premier testament et partager la succession *ab intestat*. Mais ces très judicieuses remarques ne furent pas prises en considération.

(2) De plus, le montant du dommage n'est pas non plus connu. Sans doute, ce point ne serait pas à lui seul suffisant pour faire condamner la jurisprudence, puisqu'il appartient aux juges d'évaluer le préjudice en appréciant les circonstances de l'affaire. Mais cette façon de faire n'en donne pas moins lieu à des divergences très grandes et regrettables (v. par exemple : Montpellier, 23 mai 1832, précité).

(3) La Cour de cassation paraît vouloir revenir à ces principes : voy. motifs de Civ., 22 mars 1905, J. N. 1905, art. 28.558, p. 594.

(4) Merlin, *Rec. alph. quest. droit*, v° *Révoc. de testam.*, § 6.

pourquoi, bien que la solution de la jurisprudence semble illégale, il est difficile de la condamner. Sans doute, l'équité fait éclater ici les règles rigides du droit positif, mais n'a-t-on pas écrit que « l'équité est la règle souveraine des décisions judiciaires, que la logique juridique, si rigoureuse soit-elle, doit céder le pas devant elle » ? (1).

D'ailleurs, la jurisprudence peut invoquer un argument pratique impressionnant. Du moment que le défendeur qui *retient* le testament peut être condamné à délaisser la succession, ou le legs à lui fait (v. *suprà*, n° 122), il n'est guère possible, lorsque le défendeur a aggravé sa faute en *détruisant* le testament, de refuser toute réparation au légataire. Ce serait favoriser les héritiers les plus coupables. Aussi, malgré la logique juridique et l'art. 1382 C. civ. (d'après lesquels une réparation ne peut être ordonnée que s'il y a *réellement* un dommage), il est permis de considérer la position constamment gardée par la jurisprudence depuis 1677 comme un point définitivement acquis. C'est là un exemple intéressant de coutume s'instaurant en dehors des règles légales.

(1) E. Pilon, *Princ. et techn. des droits d'enregistr.*, t. 1, n° 106.

CONCLUSION

176. — Ainsi sont tranchées les difficultés qui s'élèvent en cas de perte ou de destruction de testament. Par la continuité de ses traditions, la jurisprudence a su faire accepter presque unanimement les solutions données par elle, malgré les transformations législatives qui ont pu survenir après leur élaboration. De décisions d'espèce, elle a dégagé des règles, maintenant enseignées et sanctionnées à l'égal de la loi. En cette matière où elle avait tout à faire, elle a su élever une construction désormais à peu près complète, qui apparaît assez harmonieuse et ne nécessite plus guère que quelques retouches. En assimilant totalement la destruction par cancellation du testament à sa destruction matérielle ; en révisant les solutions qu'elle a données sur la charge de la preuve; en abandonnant définitivement la preuve inutile de la persistance de la volonté du testateur jusqu'à son décès, au cas où l'anéantissement du testament lui est antérieur, la jurisprudence donnerait à ses solutions une plus grande rigueur logique. Il ne resterait plus à modifier que quelques points accessoires, au premier rang desquels il faut placer la révocation du legs fait au légataire coupable d'avoir détruit un testament. Tous ces progrès sont faciles à réaliser, puisque, le plus souvent, il existe des indices en leur faveur. En dehors de la théorie ne subsisterait plus que cette allocation de dommages-intérêts sans qu'il y ait eu démonstration du préjudice, solution prétorienne difficilement justifiable, mais qui survivra sans doute à toutes les critiques qu'on en pourrait faire.

177. — Cependant, si équitables que soient les résultats obtenus par la jurisprudence, il n'en reste pas moins vrai

que les légataires institués par un testament perdu ou détruit échouent quelquefois dans leur tentative de reconstitution, que souvent des testaments sont anéantis sans qu'aucune action soit même intentée, faute par les institués de connaître leurs droits. La reconstitution du testament perdu ou détruit n'est, du pur point de vue rationnel, qu'un pis aller. La véritable solution du problème consisterait en effet à supprimer, à rendre inexistants les cas de perte ou de destruction des testaments. Pourrait-on atteindre ce résultat?

Il semble malheureusement difficile d'agir sur les causes de ces disparitions ; qu'il y ait perte fortuite par incendie, par pillage, etc., ou qu'il y ait destruction frauduleuse, la situation est identique : pas plus qu'il n'est possible de penser pouvoir arriver à supprimer les incendies ou autres accidents, il n'est possible de penser supprimer ce geste réflexe de l'héritier détruisant le testament qui lui nuit.

Mais pourrait-on annihiler les effets de ces diverses causes, et empêcher qu'elles ne puissent avoir pour résultat la destruction du testament ?

Tout ce qu'il paraît possible de faire pour le testament authentique a été fait : contrairement à l'ancien droit qui permettait sa remise au testateur (1), le droit actuel exige que la minute en soit conservée par le notaire (2). On n'aperçoit pas d'autres mesures de sécurité possibles ; aussi bien n'est-ce guère pour ce testament que se posent les difficultés : depuis le début du siècle dernier, on ne rencontre, dans les annales judiciaires, que très peu d'espèces de disparition de testaments authentiques (3).

(1) Parlement de Paris, 8 août 1656, Soëfve, t. 2, cent. 1, ch. 44 ; Edit de mars 1693, art. 7 ; Pothier, *Donations testament.*, ch. 5, sect. 2, § 1.

(2) Art. 22 loi 25 ventôse an XI. Avis du Conseil d'Etat du 7 avril 1821 (approuvé par le Garde des Sceaux le 9 sept. 1822), D. J. G., *v° Obligat.*, 3741, S. 1823. 2. 83. — Le testament mystique peut, au contraire, être remis au testateur : Paris, 10 juin 1848, D. P. 48. 2. 143, et références. Par suite, il présente à peu près les mêmes dangers que le testament olographe ; mais c'est une forme qui est de moins en moins employée.

(3) Civ., 17 février 1807, D. J. G., *v° Disposit. entre vifs*, 2523, S. 07. 1. 97 ; Aix, 15 nov. 1842, D. J. G., *v° Disposit. entre vifs*, 2527, P. 44. 2. 151 ; Orléans, 13 déc. 1862, D. P. 63. 2. 5, S. 63. 2. 73 ; Nancy, 31 janvier 1929, *Rec. Nancy*, 1929, n° 60.

Toute autre est la situation en ce qui concerne le testament olographe : le nombre des décisions est fort élevé et atteste le danger que courent les dernières volontés du testateur lorsqu'elles sont rédigées sous cette forme. D'ailleurs, ce qui est loin d'être réconfortant, c'est que la plupart des disparitions sont dues à des destructions frauduleuses. Saleilles a pu écrire que ce danger des suppressions était « le véritable danger, le seul qui soit vraiment inhérent à la forme olographe » (1). Qu'y peut-on ? Rien, semble-t-il, tout au moins tant que le testament olographe sera aussi peu soumis au formalisme qu'il l'est de nos jours. Les formalités qu'imposaient les législations primitives avaient tout au moins cet avantage de faire connaître l'existence du testament, et, par suite, d'en rendre plus difficile et plus dangereuse la destruction. Le testament olographe s'y prête au contraire dangereusement, son essence même étant de rester secret : sa facilité de destruction est la rançon de sa commodité. Et la seule précaution que la loi ait prise pour sa conservation : l'apposition des scellés au domicile du *de cujus*, se révèle en pratique presque toujours inefficace, parce que trop tardive.

Il existe bien un moyen de supprimer en grande partie ces dangers : c'est le dépôt du testament chez un notaire ; mais ce serait évidemment enlever au testament olographe, dans nombre de cas, une grande partie de ses avantages que de faire de ce dépôt une obligation : pour pouvoir être facilement révoqué ou modifié, le testament olographe doit pouvoir rester en possession du testateur. Cependant, Saleilles voit dans ce dépôt la solution de l'avenir : « Là encore il y a une éducation des mœurs qui se fera, et qui se fait en quelque sorte forcément. Sans doute on ne peut pas exiger le dépôt de façon à en faire une condition sinon de validité, tout au moins d'efficacité... Mais, ceci admis, il faut considérer que le dépôt devra de plus en plus entrer dans les mœurs, et constituer l'hypothèse normale » (2). Ce serait

(1) Saleilles, *Des formes du testament olographe. Revue trimestr. de droit civil*, 1903, p. 607.

(2) Saleilles, *Revue trimestr. de dr. civ.*, 1903, p. 608. La législation actuelle offre un autre mode de préservation des testaments olographes

éminemment souhaitable. Alors, peut-être, disparaîtraient des rôles de nos tribunaux ces honteux procès de destruction de testaments, où, sans aucun respect pour la mémoire du mort, les adversaires étalent leurs haines familiales, et leurs ambitions déçues. Mais cette transformation d'habitudes séculaires ne pourra en tout cas se produire que bien lentement ; se produira-t-elle même jamais ?

ou mystiques que ne pouvait pas prévoir Saleilles : c'est le dépôt du testament dans un coffre-fort loué dans une banque. Les obligations imposées par les lois fiscales (Loi du 18 avril 1918, art. 1er, et loi du 30 juin 1923, art. 16) pour l'ouverture de ce coffre donnent toute garantie : le testament (comme tout le contenu du coffre) se trouve bien protégé. Mais ce moyen a le même inconvénient que le dépôt du testament chez un notaire : le testateur ne peut pas révoquer, ou modifier commodément son œuvre.

Vu : *le Président de la Thèse*,
A. TRASBOT.

Vu : *le Doyen*,
Ch. BODIN.

Vu et permis d'imprimer :
Rennes, le 30 avril 1934.
Le Recteur de l'Académie de Rennes,
DAVY.

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 5e édit., revue du tome 1 au tome 5 par MM. Rau et Falcimaigne, à partir du tome 6 par M. E. Bartin, 12 vol., Paris, 1897-1922.

Bardet. — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, 2 vol., Paris, 1690.

Baudry-Lacantinerie et Colin (M.). — *Traité théorique et pratique de droit civil : Des donations entre vifs et testaments*, 3e édit., 2 vol., Paris, 1905.

Beaumanoir (Philippe de). — *Coutumes de Beauvoisis*, édition Salmon, 2 vol., Paris, 1899-1900.

Boiceau. — *Traité de la preuve par témoins en matière civile... avec plusieurs nouvelles questions...* par Danty, 6e édit., Paris, 1769.

Boutillier (ou Bouteiller). — *Somme rural, ou le grand coustumier général de practique*, édition Charondas le Caron, Paris, 1603.

Bretonnier. — Voy. Henrys.

Brillon. — *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlements de France*, nouv. édit., 6 vol., Paris, 1727.

Brodeau. — Voy. Louet.

Cambolas (de). — *Décisions notables sur diverses questions de droit*, 5e édit., Toulouse, 1735.

Code Louis XV, 12 vol., Paris, 1758.

Colin (A.) et Capitant (avec le concours de M. Julliot de la Morandière). — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., Paris, tome 1, 8e édit., 1934, tomes 2 et 3, 7e édit., 1932.

Coquille (Guy). — *Œuvres*, Paris, 1646.

Danty. — Voy. Boiceau.

Demolombe. — *Cours de Code Napoléon. Traité des donations entre vifs et des testaments*, 5 vol., Paris, 1864.

Demontès. — *L'action « ad exhibendum » en droit moderne*, thèse, Paris, 1922.

Denisart. — *Collection de décisions nouvelles*, 7e édit., 4 vol., Paris, 1771.

Duranton. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4e édit., Paris, 1844.

Fenet. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827-28.

Furgole. — *Traité des testamens*, 4 vol., édit. Œuvres complètes, Paris, 1775-76.

Henrys. — *Œuvres*, avec les observations de J. B. Bretonnier, 5e édit., 4 vol., Paris, 1738.

Hugueney. — *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Paris, 1904.

Huguenby. — Revue de jurisprudence de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, p. 674.

Hutteau. — Supplément au *Traité des donations testamentaires* de Pothier, Paris, 1810.

Josserand. — *Cours de droit civil positif français*, 2e édit., 3 vol., Paris, 1932-33.

Journal des principales audiences du Parlement (ou *Journal des audiences*), nouv. édit., 7 vol., Paris, 1733-54. Tome 1 (1622-61) par Du Fresne ; tomes 2 (1661-74) et 3 (1674-85) par Jamet de la Guessière ; tomes 4 (1685-1700) et 5 (1700 1710) par Nupied ; tomes 6 (1710-18) et 7 (1718-22) par Duchemin.

Journal du Palais, par Blondeau et Guéret, 12 vol., Paris, 1672-95.

Laurent. — *Principes de droit civil français*, 2e édit., Bruxelles, 1876.

Lebrun. — *Traité des successions*, nouv. édit., Paris, 1776.

Le Prestre. — *Questions notables de droict*, Paris, 1663.

Li Livres de Jostice et de Plet. — Edit. Rapetti, Paris, 1850.

Locré. — *La législation de la France*, 31 vol., Paris, 1827-32.

Louet. — *Recueil d'aucuns notables arrêts donnés en la Cour de Parlement de Paris*, par Julien Brodeau, nouv. édit., par Guy du Rousseaud de la Combe, 2 vol., Paris, 1742.

Maleville. — *Analyse de la discussion du Code civil*, 4 vol., Paris, 1807.

Marty. — *La distinction du fait et du droit*, thèse, Toulouse, 1929.

Merlin. — *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4e édit., 8 vol., Paris, 1827 30.

Merlin. — *Répertoire de jurisprudence*, 5e édit., 18 vol., Paris, 1827-28.

Pape (Guy). — *Decisiones Guidonis Papæ*, Lugduni, 1607.

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., Paris, 1932, tome 1 : 12e édit., tomes 2 et 3 : 11e édit.

Planiol et Ripert. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., Paris. Tome 5. *Donations et testaments* (1933), avec le concours de M. A. Trasbot.

Pothier. — *Traité des donations testamentaires*, Orléans, 1777.

Poujol. — *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 2 vol., Paris, 1836.

Poullain du Parc. — *Principes du droit françois*, 12 vol., Rennes, 1767-71.

Ricard. — *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, Paris, 1734.

Saleilles. — *Des formes du testament olographe. Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 587.

Savatier. — Revues de jurisprudence de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, p. 813 ; 1926, p. 455 ; 1927, p. 240 ; 1928, p. 468 ; 1929, p. 180 et 1137.

Soefve. — *Nouveau recueil de plusieurs questions notables de droit*, Paris, 1682.

Toullier. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5e édit., Paris, 1842.

Trasbot. — Revue de jurisprudence de la *Revue critique de législation*, 1930, p. 285.

Troplong. — *Droit civil expliqué : Des donations entre vifs et des testaments*, 2e édit., Paris, 1862.

Wahl. — *Effets de l'ordre par un testateur de détruire un testament olographe. Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 281.

Recueils de jurisprudence.

Dalloz. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence (D. J. G.), et son supplément (D. J. G., S.).
Dalloz. Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
Dalloz. Recueil périodique et critique (D. P.).
Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence (D. H.).
Gazette du Palais (*Gaz. Pal.*).
Journal des notaires et des avocats (J. N.).
Journal du Palais (P.).
Pandectes françaises périodiques (P. F.).
Répertoire général du notariat de Defrénois (*Rép. gén. not.*).
Revue du notariat et de l'enregistrement (*Rev. not.*).
Sirey. Recueil général des lois et arrêts (S.).
La Loi ; Moniteur judiciaire de Lyon ; Moniteur judiciaire du Midi ; Recueils des arrêts de Bordeaux, Nancy, Douai, Rouen et Caen, et Rennes.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES PRINCIPALES DÉCISIONS CITÉES (1)

Ancien Droit.

Parlement de Paris, 13 avril 1604 . . . 121, 123.
Parlement de Paris, 11 juin 1619 . . . 16.
Parlement de Toulouse, 11 mai 1627. . . 16.
Parlement de Paris, 22 février 1633 . . . 16, 140.
Parlement de Grenoble, 19 décembre 1640. 166.
Parlement de Paris, 28 novembre 1647. . 16.
Parlement de Paris, 25 février 1650. . . 13, 14, 16, 140.
Parlement de Paris, 17 janvier 1651. . . 16.
Parlement de Paris, 2 juin 1654 . . . . 16.
Parlement de Rouen, 13 février 1664 . . 16.
Parlement de Paris, 27 septembre 1674. . 16.
Parlement de Paris, 3 avril 1677. . . . 3, 16, 166, 172, 174.
Parlement de Rouen, 19 août 1677 . . . 16.
Parlement de Paris, 10 février 1690 . . . 16, 145.
Grand Conseil, 9 décembre 1692 . . . . 40, 166.
Parlement de Paris (sans date) (2) . . . 166.
Châtelet, 3 mars 1733 . . . . . 16, 166.
Parlement de Paris, 19 mai 1733. . . . 3, 16, 166.
Arrêt du 9 février 1739. . . . . 16.
Parlement de Paris, 6 juin 1764 . . . . 54.
Besançon, 13 messidor an XII. . . . . 96.
Civ., 17 (ou 16) février 1807 (ou 1806) . . 16, 22, 51, 95, 96, 97, 147, 153, 177.

Droit moderne.

Bourges, 20 janvier 1808 . . . . . 155.
Req., 10 janvier 1809 . . . . . 28.
Paris, 4 (ou 14) avril 1810. . . . . 115, 129.
Civ , 11 juin 1810 . . . . . 154, 155.

(1) Cette table ne contient que les décisions statuant sur des cas de disparition d'un testament. — Les nombres en regard des décisions renvoient aux **numéros**, et non aux pages.

(2) Cet arrêt semble avoir été rendu peu après 1716 (voy. Bretonnier, sur Henrys, suite du livre 5, chap. 104).

Poitiers, 22 janvier 1811 . . . . . 16, 101.
Civ., 20 mai 1812 . . . . . 30, 33, 34, 37, 44, 45, 48, 93.
Civ., 1er septembre 1812 . . . . . 16, 17, 101, 102, 108, 109, 113, 114, 115, 149.
Bordeaux, 24 mai 1813. . . . . 30, 59, 89.
Metz, 15 juillet 1813. . . . . 66.
Req., 13 octobre 1814 . . . . . 160.
Crim., 4 octobre 1816 . . . . . 101, 114.
Orléans, 7 mars 1818 . . . . . 123, 150.
Civ., 29 février 1820. . . . . 115, 123, 150.
Paris, 17 août 1821 . . . . . 154.
Riom, 17 novembre 1821 . . . . . 66, 101.
Civ., 5 mai 1824 . . . . . 33, 37, 44, 93.
Rouen, 13 août 1825 . . . . . 59, 172.
Douai, 30 août 1826. . . . . 127.
Req., 27 février 1827 . . . . . 59, 172.
Req., 24 juin 1828 . . . . . 24, 132, 136.
Req., 3 juin 1829 . . . . . 118, 119, 123, 164.
Req., 10 novembre 1830 . . . . . 66, 70, 94, 115, 126, 127, 138, 143, 144, 145, 146.
Lyon, 22 février 1831 . . . . . 70, 115, 145, 146.
Grenoble, 27 avril 1831. . . . . 155.
Montpellier, 23 mai 1832 . . . . . 172, 174.
Req., 16 novembre 1836 . . . . . 118.
Req., 3 mai 1841. . . . . 115, 130, 138, 149.
Aix, 15 novembre 1842. . . . . 98, 111, 147, 177.
Bordeaux, 26 avril 1843 . . . . . 148.
Bordeaux, 25 juin 1846. . . . . 169.
Poitiers, 2 décembre 1852 . . . . . 110, 114.
Caen, 31 janvier 1856 . . . . . 24, 100, 135, 149.
Civ., 31 mars 1857 . . . . . 118.
Civ., 12 décembre 1859. . . . . 27, 136, 152, 153.
Toulouse, 12 août 1862. . . . . 98, 136.
Orléans, 13 décembre 1862 . . . . . 144, 145, 146, 177.
Grenoble, 4 août 1869 . . . . . 161.
Grenoble, 1er juillet 1875 . . . . . 118, 123, 164.
Lyon, 14 décembre 1875 . . . . . 27.
Rouen, 29 décembre 1875 . . . . . 29, 30, 85, 86.
Toulouse, 17 janvier 1876 . . . . . 29, 30, 34, 44, 172.
Rouen, 18 juin 1877. . . . . 46, 56, 58, 95, 109.
Poitiers, 16 juillet 1879. . . . . 29, 30, 46, 136.
Poitiers, 23 mars 1881 . . . . . 29, 30, 37, 46, 136.
Pau, 14 février 1882. . . . . 156.
Req., 12 juin 1882 . . . . . 29, 30, 37, 44, 46, 108, 112, 113, 136.
Poitiers, 18 mars 1885 . . . . . 29, 30, 46, 89, 92, 95, 100, 154.
Rouen, 8 juin 1885 . . . . . 154.
Lyon, 15 février 1888 . . . . . 29, 30, 46, 56, 89, 92, 95, 100, 155.
Poitiers, 19 février 1889 . . . . . 101, 114.

Orléans, 15 mai 1889	65, 92.
Cour d'ass. Seine-Infér., 7 janvier 1892	77, 78, 117, 172.
Crim., 12 mai 1892	77, 78, 117, 172.
Agen, 13 juin 1892	101.
Cour d'ass. Seine-Infér., 24 février 1893	77, 117, 148, 172.
Crim., 16 novembre 1893	77, 117, 172.
Nîmes, 8 janvier 1895	65.
Nancy, 22 juin 1895	65, 101, 114, 136.
Nancy, 2 mai 1896	65, 101.
Trib. civ. Le Blanc, 17 mars 1897	155.
Req., 25 octobre 1897	30, 65, 101, 109, 113.
Dijon, 25 février 1898	57, 167, 172.
Riom, 8 août 1898	59, 89, 112, 150.
Req., 22 mars 1899	119, 172.
Douai, 1er avril 1899	101, 114.
Nancy, 2 juin 1899	38, 57, 65, 95, 100, 136.
Besançon, 12 juillet 1899	30, 54, 101, 105, 109.
Montpellier, 7 mai 1900	54, 56, 77, 101, 103, 110, 141, 148.
Req., 25 juillet 1900	59, 89, 112, 150, 152, 153,
Grenoble, 6 août 1901	136, 141, 155.
Req., 8 décembre 1902	56, 77, 78, 101, 109, 113. 114, 147, 148, 152, 153.
Civ., 30 décembre 1902	172.
Req., 29 juin 1903	28, 152, 153.
Nancy, 23 mars 1904	101.
Civ., 22 mars 1905	172, 174.
Trib. civ. Fontainebleau, 4 janvier 1906	118, 172.
Lyon, 23 mars 1906	86.
Lyon, 19 juin 1906	157.
Req., 21 janvier 1908	30, 33, 34, 37, 44, 46, 49, 62, 66, 68, 70, 76, 93, 136, 139, 143, 147, 152, 153.
Caen, 17 février 1908	118, 172.
Trib. civ. Seine, 14 janvier 1909	118, 172.
Crim., 18 mars 1909	3, 45, 86.
Crim., 9 juillet 1910	56.
Bordeaux, 31 octobre 1910	95, 100.
Trib. civ. Bordeaux, 27 novembre 1917	57, 65.
Douai, 17 mars 1922	54.
Trib. civ. Béziers, 23 mars 1922	30, 77, 101, 110, 136, 141, 148.
Civ., 16 mai 1923	22, 66, 94, 148, 153.
Civ., 25 nov. 1924	18.
Req., 16 décembre 1924	30, 34, 37, 44, 48.
Montpellier, 9 novembre 1925	95, 109.
Liége, 17 février 1926	18, 43, 136, 155.
Req., 20 octobre 1926	160.
Req , 15 novembre 1926	136, 147.
Req., 1er août 1927	56, 136, 152.
Caen, 10 novembre 1927	44, 65.

Nancy, 31 janvier 1929. . . . . 51, 95, 97, 99, 177.
Crim., 15 mars 1929 (ou 1928) . . . . 101, 112, 118, 148.
Lyon, 28 novembre 1930 . . . . . 118.
Paris, 15 décembre 1932 . . . . . 3.
Req., 23 mai 1933 . . . . . 118.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION (1)

Pages

La question de la disparition des testaments (1 à 5). Les disparitions d'actes solennels (6 à 9). Historique : Droit romain (10). Moyen-Age (11). L'ordonnance de Moulins, son influence (12 à 15). La jurisprudence aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles (16) et après le Code civil (17). Législations étrangères (18). Les idées directrices du droit français moderne (19 à 25). Plan (26) 1

PREMIÈRE PARTIE

DES CONDITIONS D'EFFICACITÉ DU TESTAMENT PERDU OU FRAUDULEUSEMENT DÉTRUIT

CHAPITRE PREMIER

EXISTENCE D'UN TESTAMENT ET DE LEGS

Section 1. Nécessité d'un testament. — § 1. *Existence d'un testament.* Caractères du testament (27 et 28). *Quid* du testament disparu avant le décès du testateur ? (29 et 30). I. Difficulté au point de vue théorique (31 à 45). II. Difficulté au point de vue pratique (46 à 49). — § 2. *Validité du testament* (50). Testament authentique (51) ; testament olographe (52 à 56).
Section 2. Contenu du testament (57 à 59) 29

(1) Les nombres entre parenthèses renvoient aux numéros.

CHAPITRE II

NOTION DE PERTE OU DE DESTRUCTION

Pages

Section 1. Le principe : anéantissement du testament (61). — Définition (62 à 64). Conséquences de cette définition (65 et 66). Limites à apporter : anéantissement par le fait ou la faute du testateur (67 à 69) ou du légataire (70 à 73).
Section 2. Distinction de la perte et de la destruction. — Détermination de la destruction (74 à 79) 60

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PREUVE DE LA RÉUNION DES CONDITIONS D'EFFICACITÉ

Section préliminaire. Recevabilité de la preuve (81). — § 1. *Délai de prescription.* Cas de la perte (82), cas de la destruction (83 à 85). — § 2. *Point de départ du délai* (86 et 87) . . 75

CHAPITRE PREMIER

DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Section 1. Principe : Preuve à la charge du demandeur. — Enoncé du principe (89).
Section 2. Limitations au principe. — Distinctions à faire (90 et 91). — § 1. *Existence du testament.* Charge de la preuve de la non-révocation (92 et 93). — § 2. *Perte du testament.* Charge de la preuve que la disparition ne provient pas du fait du légataire (94). — § 3. *Validité du testament.* Principe (95). Testament authentique (96 à 99). Testament olographe (100).
Section 3. Exception au principe — En cas de destruction, le demandeur est dispensé de la preuve de la validité (101). — § 1. *Justification de la jurisprudence.* Différentes justifications proposées ; critiques (102 à 107). Justification adoptée par la Cour de cassation (108). — § 2 *Portée de l'exception.* Au point de vue des personnes contre lesquelles elle peut être invoquée (109 à 111) au point de vue objectif (112) et au point de vue de sa valeur intrinsèque (113 et 114). 81

CHAPITRE II

DES PROCÉDÉS DE PREUVE

Pages

Tous les procédés peuvent être employés (115-116).
Section 1. Exhibition du testament. — Légalité de l'ordre d'exhibition (117 et 118). Preuve à fournir (119). Moyens de l'obtenir (120 à 124).
Section 2. Preuve littérale. — Valeur des expéditions et copies (125 à 128). Valeur d'une transcription (129 et 130).
Section 3. Preuve par témoins ou par présomptions. — Généralités (131-132). — § 1. *Conditions d'admission* (133). A. Application de l'art. 1348. I. Les critiques; leur réfutation (134-138). II. La cause de la disparition doit être rapportée (139 à 142). Ce doit être un cas fortuit (143). B. Application de l'art. 1347 : critiques; leur réfutation (144 à 146). — § 2. *Administration de la preuve par témoins et par présomptions.* Nombre de témoins (147). Différentes présomptions invoquées (148).
Section 4. Preuve par l'aveu et le serment (149). — Indivisibilité de l'aveu (150 et 151).
Section 5. Des pouvoirs des juges en matière de preuve. — Souveraineté des juges du fait (152-153). Conséquences : rejet d'une demande non fondée (154). Exigence de présomptions graves (155) 109

TROISIÈME PARTIE

ÉTENDUE DE L'EFFICACITÉ DU TESTAMENT PERDU OU FRAUDULEUSEMENT DÉTRUIT

CHAPITRE PREMIER

EXÉCUTION DIRECTE DU TESTAMENT

Non-application de l'art. 1007 (156).
Section 1. Exécution au point de vue civil. — Livraison des objets légués (157). Fruits (158). Impenses (159).
Section 2. Exécution au point de vue fiscal. Perception des droits de mutation ; restitution des droits perçus (160-161) . . 151

CHAPITRE II

EXÉCUTION INDIRECTE DU TESTAMENT

Pages

Section 1. Exécution indirecte en nature. — § 1. *A titre de dommages-intérêts* (164). — § 2. *A titre de pénalité.* L'héritier, ou le légataire, qui a détruit un testament est-il indigne ? (165 à 171).
Section 2. Exécution par compensation. — Allocation de dommages-intérêts. Conditions (172).
Section 3. Appréciation (173 à 175). 160

CONCLUSION

Les modifications à apporter aux solutions admises (176). Pourrait-on empêcher la perte et la destruction des testaments ? (177) 175

Bibliographie 179

Table des principales décisions citées 183

SORTI DES PRESSES DE
L'IMPRIMERIE BARNÉOUD
= A LAVAL =